

Schweizer Blätter

für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

V. Band.

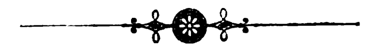
Jahrgang 1886.

ZÜRICH.
Verlag von Orell Füssli & Comp.
Druck von E. EPPRECHT in Affoltern a. A.
1886.

Switzerland : Report

Inhaltsverzeichniss

zum Jahrgang 1886.



15. Jan. 1886. V. Band. № 1.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaction: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichtes.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Postbureaux der Schweiz oder direct bei der Verlagshandlung Orell Füssli & Co. in Zürich abonnirt werden. — Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Es werden nur amtliche Inserate, sowie solche, welche sich auf Handel und Verkehr beziehen, angenommen. Preis pro gespaltene Zeile 20 Cts. — Inserate sind zu adressiren an die Schweizerischen Annoncen-Bureaux von Orell Füssli & Co. in Zürich, Bern, Basel, St. Gallen, Lausanne, Glarus etc.

Avis:

In der folgenden Nummer per 1. Februar 1886 werden die beiden obergerichtlichen Urtheile in Sachen der *Nordostbahn ca. Gesellschaft für Begründung einer rechtsufrigen Zürichseeeisenbahn* betreffend Einsprache gegen eine Dividendenvertheilung aus den Reinerträgnissen der Jahre 1883 und 1884 erscheinen.

Die Redaktion.

Urtheil

der

Civilkammer des Kaiserlichen Landgerichtes zu Mülhausen

in Sachen

der *schweizerischen Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft in Liquidation* zu Winterthur, Klägerin,

gegen

1. *Friedrich Thesmar* in Mülhausen,
2. *H. Kestner,* Kreisarzt in Mülhausen, für sich und Namens seiner Kinder, Beklagte,

betreffend Vollstreckbarerklärung eines Urtheils des zürcherischen Handelsgerichtes.

Der schweizerich-französische Rechtshülfe-Vertrag vom 15. Juni 1869 ist für das Gebiet von Elsaß-Lothringen zufolge seines Ueberganges an das deutsche Reich dahingefallen. Der Begriff des Verbürgtseins der Gegenseitigkeit im Sinne von Art. 661, Ziff. 5 der deutschen Civilprozeßordnung.

A. Durch Urtheil des zürcherischen Handelsgerichtes vom 9. Januar 1885 wurden die beiden Beklagten in ihrer Eigenschaft als Aktionäre der klägerischen Aktiengesellschaft zur Leistung gewisser Aktieneinzahlungen verurtheilt und zwar Friedrich Thesmar im Betrage von 6300 Fr. nebst Zinsen und Kosten und H. Kestner im Betrage von 26,250 Fr. nebst Zinsen und Kosten. (Siehe Nr. 4 dieser Blätter, Jahrgang 1885 vom 1. März, p. 49 und folgende). Die Zuständigkeit des Handelsgerichtes zum Erlaß jenes Urtheils war begründet durch eine in den Statuten der klägerischen Gesellschaft enthaltene und folglich für deren Mitglieder als vertragliche Norm maßgebende Bestimmung des Inhalts, daß alle Streitigkeiten, die sich zwischen der Aktiengesellschaft und einzelnen Aktionären erheben und entweder die Auslegung der Statuten oder anderer Gesellschaftsangelegenheiten beschlagen, durch das Handelsgericht des Kantons Zürich entschieden werden sollen. (Siehe den bezüglichen Competenz-Entscheid, abgedruckt in Nr. 23 dieser Blätter, Jahrgang 1884, 15. Dezember, p. 361 und

folgende). Diese Auffassung hatte denn auch die Civilkammer des Landgerichtes zu Mülhausen bereits früher anerkannt, denn als die klägerische Gesellschaft im Jahre 1883 einen ebenfalls in Mülhausen domicilirten Aktionär, Namens Zürcher, bei diesem Gerichte auf Aktieneinzahlung belangte, erklärte sich dasselbe mit Urtheil vom 21. November 1883 für incompetent, weil der Beklagte mit Recht geltend mache, daß er gemäß der oben citirten Statutenbestimmung nur vor dem zürcherischen Handelsgericht als forum compromissum belangt werden könne. Dabei wurde gleichzeitig ausgeführt, daß ein bezügliches Urtheil des Handelsgerichtes Zürich in Elsaß-Lothringen vollzogen werden könne, weil der zwischen der Schweiz und Frankreich bestehende Staatsvertrag vom 15. Juni 1869 betreffend Gerichtsstand und Urtheilsvollziehung in Art. 15 die Garantie dafür ausspreche, daß die rechtskräftigen Civilurtheile des einen Vertragsstaates in dem andern Vollziehung finden und dieser Staatsvertrag für Elsaß-Lothringen heute noch zu Recht bestehe, indem derselbe gerade wie die übrigen Gesetze und verfassungsmäßig erlassenen Decrete Frankreichs nach der Annexion an Deutschland als fortbestehend anerkannt und seit 1871 durch keinen Akt der Staatsgewalt außer Kraft gesetzt worden sei. Dabei wurde indessen immerhin vorausgesetzt, daß dieser Rechtshülfevertrag mit Frankreich auch von den schweizerischen Gerichten auf Civilurtheile aus Elsaß-Lothringen angewendet und solche Urtheile demgemäß vollzogen werden, in dem Sinne, daß bei Mangel schweizerischer Reciprocität schweizerischen Urtheilen die Vollziehung verweigert würde.

B. Da die Beklagten dieses Urtheil nicht anerkannten, stellte Klägerin bei der Civilkammer des Landgerichtes zu Mülhausen, gestützt auf den Art. 661 der Civilprozeß-Ordnung für das deutsche Reich, die Vollstreckungsklage. Der Art. 661 lautet:

„Das Vollstreckungsurtheil ist ohne Prüfung „der Gesetzmässigkeit der Entscheidung zu „erlassen.

„Dasselbe ist nicht zu erlassen:

1. Wenn das Urtheil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Rechte die Rechtskraft noch *nicht* erlangt hat.
2. Wenn durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden würde, welche nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters nicht erzwungen werden darf.
3. Wenn nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört.
4. Wenn der verurtheilte Schuldner ein Deutscher ist und er sich auf den Prozeß nicht eingelassen hat, sofern die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung ihm weder im Staate des Prozeßgerichtes in Person noch durch Gewährung der Rechtshülfe im deutschen Reiche zugestellt ist.
5. *Wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.*

C. Die Parteien sind darüber einverstanden, daß das Urtheil mit der Verkündung Rechtskraft erlangt hat und streiten nur darüber, ob von den Erfordernissen der Erlassung eines Vollstreckungsurtheiles das Erforderniß Ziff. 5 des § 661 betr. die Verbürgung der Gegenseitigkeit vorhanden sei. Dafür, daß die Gegenseitigkeit verbürgt sei, beruft sich die Klägerin in erster Linie auf den französisch-schweizerischen Rechtshülfe-Vertrag vom 15. Juni bis 19. Oktober 1869 und auf das sich für den noch fortdauernden Bestand dieses Vertrages aussprechende Urtheil des Landgerichtes vom 21. November 1883 in Sachen Lloyd c. Zürcher. In zweiter Linie sucht die Klägerin auszuführen, daß die Gegenseitigkeit eventuell doch factisch verbürgt sei.

In dieser Hinsicht beruft sie sich auf die ständige Praxis, welche der § 752, Abs. 2 des Zürcher Gesetzes betreffend die Rechtspflege bei den Zürcher Gerichten gefunden hat. Derselbe lautet:

„Urtheilen aus Staaten, mit welchen keine „Staatsverträge bestehen, kann zwar der „hiesige Richter nach freier Würdigung „aller Verhältnisse die Vollziehung gewähren, unter allen Umständen aber nur dann, „wenn das fragliche Urtheil unzweifelhaft

„rechtskräftig und von einem Richter aus„gefällt ist, welcher an sich competent war „und dessen Competenz auch nicht durch „die hiesige Gesetzgebung ausgeschlossen „wird."

Sie behauptet, daß außer den in dieser Bestimmung aufgestellten beiden Erfordernissen die Praxis der Zürcher Gerichte nur verlange, daß das Urtheil der öffentlichen Ordnung nicht widerspreche und daß die Reciprocität gewahrt sei und daß insbesondere Urtheile deutscher Gerichte im Kanton Zürich ohne Nachprüfung der Gesetzmässigkeit anstandslos vollstreckt werden.

Zum Beweise legt sie vor die Abschrift eines Schreibens des Obergerichtes Zürich an das Oberlandesgericht zu Karlsruhe vom 18. Dezember 1884, welches mit den Worten schließt: „unbedenklich kann beigefügt werden, daß überhaupt Urtheile von Gerichten des deutschen Reiches bei diesseitigen Gerichten anstandslos vollstreckt zu werden pflegen."

Ferner legt sie vor die Abschrift eines Urtheils des Oberlandesgerichtes Karlsruhe vom 7. März 1885, welches unter Bezugnahme auf den Inhalt dieses Schreibens ein Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes Zürich für vollstreckbar erklärt. Sie beruft sich außerdem auf einzelne Fälle, in denen ausländische Urtheile von Zürcher Gerichten anstandslos vollstreckt worden seien, unter Anderen auch die Vollstreckbarkeitserklärung eines Urtheiles des Waldshuter Kreisgerichtes vom Jahre 1877 und die Vollstreckbarkeitserklärung eines italienischen Urtheiles in diesem Jahre. Auch legt sie Literatur vor zur Bestätigung des obengedachten Ausspruches des Obergerichtes Zürich.

D. Die Beklagten machen für ihre Behauptung, daß die Gegenseitigkeit nicht verbürgt sei, zuvörderst geltend, daß der französisch-schweizerische Rechtshülfevertrag für Elsaß-Lothringen keine Geltung habe. Entscheidend hiefür sei, daß der Vertrag von den betreffenden Staatshoheiten selbst als bestehend nicht anerkannt werde. Auch der schweizerische Bundesrath habe ausgesprochen, daß der Vertrag im Verhältniß zu Elsaß-Lothringen nicht gelte. Die Kundgebung von Seiten der deutschen Staatshoheit, die die Beklagten hiebei als dem Gerichte bekannt voraussetzen, ist ein Schreiben des Reichskanzlers, de dato Berlin 1884, Juni den 17., welches nach der dem Landgerichte mitgetheilten Abschrift lautet:

Berlin, den 17. Juni 1884.

„Ew. Exelenz, beehre ich mich zu erwidern, „daß ich die von dem Gymnasiallehrer ange„regte Frage, ob der zwischen Frankreich und „der Schweiz abgeschlossene Rechtshülfever„trag vom 15. Juni bis 19. Oktober 1869 „für Elsaß-Lothringen nach Abtretung des „Landes von Frankreich noch Geltung habe, „im Einverständnisse mit dem Reichsjustiz„amte gleich Ew. Exelenz verneinen zu sollen „glaube, indem ich mich Ihren Ausführungen „zu Gunsten dieser Auffassung im Wesent„lichen nur anschließen kann."

Der Reichskanzler.
Im Auftrage:
sig: Busch.

Außerdem machen die Beklagten geltend, daß eine factische Verbürgung nach der Absicht und dem Sinne des § 661, Ziff. 5 der C.-P.-O. den fehlenden Vertrag nicht zu ersetzen vermöge, eventuell aber auch eine solche factische Verbürgung auf Grund der von der Klägerin angeführten Thatsachen nicht angenommen werden könne, namentlich gegenüber der Bestimmung des § 752 des Zürcher Rechtspflegegesetzes, die dem Ermessen des Richters vollen Spielraum lasse.

Daß in Anwendung dieser Bestimmung im Kanton Zürich eine materielle Prüfung der Richtigkeit des fremdländischen Urtheils erfolge, gehe insbesondere auch aus Seite 172 der Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen vom Jahre 1884 hervor, indem das Gericht in dem dort mitgetheilten Falle ausdrücklich erwäge, daß eventuell, falls dem fremden Urtheil die Rechtskraft nicht fehle, die Richtigkeit der Entscheidung nach § 752 des Rechtspflegegesetzes zu prüfen sein werde.

Bezüglich des Ausspruches des schweizerischen Bundesrathes wurde beklagtischerseits auf Befragen erklärt, daß die Nachricht auf den Informationen des beklagtischen Rechtsanwaltes in Zürich beruhe.

Im Uebrigen verhandelten die Parteien in Uebereinstimmung mit dem Inhalt ihrer über-

gebenen Schriftstücke. Der Antrag, das Vollstreckungsurtheil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wurde beklagtischerseits bestritten, indem die Beklagten geltend machen, daß die vorläufige Vollstreckung ihnen einen nicht zu ersetzenden Nachtheil bringen würde.

Entscheidungsgründe:

I. Es frägt sich hier zunächst, ob der französisch-schweizerische Rechtshülfevertrag vom 15. Juni 1869, in welchem die gegenseitige Vollstreckung der Urtheile ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung vereinbart ist, für das Gebiet von Elsass-Lothringen noch zu Recht besteht.

II. Durch den Inhalt des im Thatbestande erwähnten Schreibens des Reichskanzlers ist das Gericht dieser Frage nicht überhoben. Enthielte das Schreiben die Erklärung, daß die *Reichsregierung* sich an den Vertrag nicht gebunden erachte, so würde die Frage entstehen, ob das Gericht sich diese Erklärung nicht maßgebend sein lassen müsse. Das Schreiben enthält indessen lediglich eine Rechtsansicht des Reichskanzlers und zwar in ziemlich hypothetischer Form, die namentlich in dem Ausdrucke: „verneinen zu sollen glaube“ sich kundgibt.

III. Angenommen, der Vertrag bestände noch für das Gebiet von Elsass-Lothringen, so könnte der Grund nur der sein, daß in Folge der Abtretung des Gebietes das deutsche Reich für dasselbe neben Frankreich in den Vertrag eingetreten wäre, sodaß die Schweiz jetzt auch dem deutschen Reiche gegenüber aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet sein würde. Es frägt sich also, ob dies anzunehmen sei. Die Frage ist zu verneinen. Es ist hier davon auszugehen, daß der privatrechtliche Satz, daß Verträge regelmäßig nur unter den Contrahenten wirken, auch im Völkerrechte gilt. Es kann daher nur darauf ankommen, ob hier eine Ausnahme von diesem Satz Platz greife.

IV. Ueberblickt man die möglichen Voraussetzungen für das Vorhandensein einer Ausnahme, so wäre:

1. die einfachste Voraussetzung, durch die man eine Ausnahme für begründet erachten könnte, wohl die, daß Rechte und Pflichten aus einem völkerrechtlichen Vertrage als dem Territorium zustehend anzusehen seien. Wäre diese Annahme richtig, so würde mit dem Erwerbe der Souveränität das deutsche Reich selbstverständlich auch in das Recht, die Rechte und Pflichten des Vertrages auszuüben, und insofern also auch in den Vertrag selbst seiner Ausübung nach eingetreten sein. Allein jene Annahme ist ohne Frage unrichtig; denn eine Einwirkung auf den Rechtszustand innerhalb der Territorien ist dem völkerrechtlichen Vertrage seinem Begriffe nach versagt. Er kann als Vertrag eine Rechtswirkung nur dadurch haben, daß er Rechte und Pflichten unter den Contrahenten erzeugt, also nur die Rechtswirkung, daß er in dem bisherigen Verhältnisse der contrahirenden Staaten zu einander etwas ändert, nicht aber eine Rechtswirkung auf den inneren Zustand der Staaten. Stehen aber die Rechte und Pflichten des Vertrages in Wahrheit nur den Staaten als Rechtssubjekten gegen einander zu, so sind sie auch ihrem Begriffe nach rein persönliche. Sie als radicirt auf die Territorien zu erachten, widerspräche daher dem Begriffe des völkerrechtlichen Vertrages.

Man könnte

2. die Rechte und Pflichten des völkerrechtlichen Vertrages, namentlich wenn dem Vertrage zufolge in den beiderseitigen Gebieten zum Vortheile seiner Bewohner verfahren werden soll, — *als in der Souveränität über das Staatsgebiet enthalten ansehen* und auf diese Grundlage hin folgern, daß, wenn ein Theil des Gebietes abgetreten wird, der erwerbende Staat mittelst *der Succession in die Souveränität* des abtretenden Staates auch jene Rechte und Pflichten für das abgetretene Gebiet erwerbe und bezw. übernehme.

Hiegegen ist zweierlei zu bemerken:

a) Wenn ein Staat einen Theil seines Gebietes abtritt, so verzichtet er damit allerdings auf seine Souveränität über dasselbe, aber der andere Staat erwirbt nicht dessen Souveränität, sondern erstreckt seine eigene nunmehr auch auf dieses Gebiet. Eine Uebertragung der Sou-

veränität und Succession in *diese* findet nicht statt. Nur das *Gebiet* wird abgetreten und damit gewinnt der erwerbende Staat die Souveränität über dasselbe. Bezüglich der Abtretung Elsass-Lothringens berechtigt der Frankfurter Friede zu keiner anderen Auffassung. Im Art. 1 des Präliminar-Friedens vom 26. Februar 1871 heißt es:

„Frankreich verzichtet zu Gunsten des deutschen Reiches auf alle seine Rechte und Ansprüche auf diejenigen Gebiete, welche östlich von der nachstehend bezeichneten Grenze gelegen sind". Und weiter heißt es nach Bezeichnung der Grenze: „Das deutsche Reich wird diese Gebiete für immer mit vollem Souveränitäts- und Eigethumsrechte besitzen."

Es ist:

b) außerdem nicht richtig, daß Rechte und Pflichten des völkerrechtlichen Vertrages ein Bestandtheil der Souveränität seien, sodaß sie mit der Uebertragung der Souveränität über einen Theil des Gebietes von einem andern Staat auf diesen übergingen. Sie stehen vielmehr dem Staate als solchem zu, als einem völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Rechtssubjekt und aus seiner Souveränität über sein Gebiet kann in Beziehung auf diese Rechte und Pflichten nicht mehr abgeleitet werden, als daß er selbst nach seinem Gutfinden zu bestimmen hat, wie es mit denselben auf seinem Gebiete gehalten werden soll, ohne daß der Wille des fremden Staates oder sein eigenes gegebenes Versprechen etwas daran zu ändern vermöchte. In Beziehung auf Rechte und Pflichten, die der Staat nicht schon *als solcher* hat, kann auch in seiner Souveränität über sein Gebiet keinerlei Recht enthalten sein. Sie kann ihr Objekt nur an seinen Rechten haben, indem sie in der That nur bedeutet, daß er innerhalb seines Gebietes die Rechte und die Pflichten, die er hat, selbständig handhabt. Auch die oben angezogenen Worte: „mit vollem Souveränitäts- und Eigenthumsrechte besitzen" haben keine weitere Bedeutung als: Die Gebiete selbständdig, nämlich unabhängig von dem Willen jedes anderen Staates mit all den Rechten besitzen, die das deutsche Reich, als selbst ein Rechtssubjekt oder solches in Beziehung auf die Gebiete haben kann.

V. Mit einem vielleicht größeren Anschein von Richtigkeit als in den beiden vorgedachten Fällen könnte man das Vorhandensein der hier in Rede stehenden Ausnahme:

3. darauf gründen wollen, daß nach einem im Völkerrechte und im Staatsrechte anerkannten Satze bei Abtretung eines Theiles des Staatsgebietes die innerhalb des abgetretenen Gebietes geltenden Rechtsnormen ihre Geltung behalten und daß ohne alle Frage zu den innerhalb des Staatsgebietes geltenden Rechtsnormen auch solche Normen gehören können, die durch völkerrechtlichen Vertrag vereinbart und in Folge dessen zur Geltung gelangt sind und daß, wenn dies der Fall ist, auch solche Normen ihren Bestand behalten müssen. Man könnte hierin einen Beweis dafür erblicken, daß zu dem geltenden Landesrechte, das bestehen bleibe, auch der völkerrechtliche Vertrag selbst zu zählen sei, da der Grund davon, daß die durch ihn vereinbarten Bestimmungen als Rechtsnormen im Lande gelten, doch nur der sein könne, daß der Vertrag selbst seine Gültigkeit und Wirksamkeit daselbst habe.

Auch dieß ist in zweifacher Hinsicht unrichtig:

a) Kann gleich der völkerrechtliche Vertrag die Folge haben, daß die *durch ihn verabredeten Normen* Rechtsnormen im Staate werden, so kann doch der Vertrag selbst, der Vertrag nämlich als ein Rechtsverhältniß, das Rechte und Pflichten der Staaten gegen einander erzeugt, niemals zu den im Staate bestehenden Rechten gehören. Als ein Verhältniß zwischen den Staaten ist er ein *ausserstaatliches* Verhältniß, dessen Begriff es daher zuwider sein würde, ihn zu *im Staate* bestehenden Rechten zu zählen. Ueberdieß hat der völkerrechtliche Vertrag nichts an sich, das in Analogie damit, daß man bei einer *civil-*

rechtlichen Obligation einen Ort, wo sie besteht, einen sogenannten Sitz einräumt, um das auf sie anzuwendende Recht und den Gerichtsstand zu bestimmen, zu der Annahme berechtigen könnte, daß auch er irgendwo bestehe. Er ist ein Band, das die Staaten gegen einander nach völkerrechtlichen Grundsätzen bindet. Aber er besteht nirgends, am wenigsten in einem der Staaten.

b) Als ein Rechtsverhältniß zwischen den Staaten kann der Vertrag Rechte und Pflichten und Rechtsnormen auch nur für ihr Verhalten gegen einander erzeugen. Auf den *inneren Rechtszustand* der Staaten vermag er durch seine Rechtswirkungen ändernd nicht einzuwirken. Daß der in dem Vertrage sich aussprechende Wille *des fremden Staates* eine solche Aenderung herbeiführen könne, verhindert die Souveränität des eigenen Staates, vermöge deren nur sein Wille eine Rechtsänderung hervorbringen kann und daß der im Vertrage sich aussprechende Wille *des eigenen Staates* eine Rechtsänderung bewirke, verhindert der Umstand, daß der eigene Staat eine Aenderung des Rechtszustandes nur durch eine Willenserklärung an seine Staatsbürger und zwar in den Formen, die nach Verschiedenheit des Gegenstandes durch seine Verfassung dafür vorgeschrieben sind, entweder Verordnung oder Gesetz herbeiführen kann, nicht durch eine Willenserklärung an *eine andere* Person, wie an einen fremden Staat. Ein völkerrechtlicher Vertrag kann daher nur Veranlassung sein und mittelbar die Folge haben, daß der innere Rechtszustand der vertragsschließenden Staaten geändert wird. Geschieht dieß, sodaß das, wovon vereinbart wird, daß es in den Staaten gelten solle, nunmehr als Rechtsnorm in ihnen zur Geltung kommt, so ist nach den Gesetzen, indem dieß einen andern Schluß nicht zuläßt, der *Rechtsgrund* der Geltung, nicht der Vertrag, sondern das Gesetz oder die Verordnung, sodaß es ganz gut sein kann, daß die vereinbarte Norm als Rechtsnorm *noch in voller Geltung steht*, wenn der Vertrag nach völkerrechtlichen Grundsätzen längst erloschen ist. Es ist dieß ein hinlänglicher Beweis, daß die Meinung, welche deßhalb, weil die vereinbarte Norm im Lande gilt, auch den Vertrag selbst zu den im Lande bestehenden Rechten zählen will, eine irrige ist. Es ist indessen nicht zu läugnen, daß Ausdruckweisen, die schwer zu vermeiden, oder doch kaum zu umgehen sind, wie die, der Vertrag *gilt hier* im Lande, während man nur sagen will, daß er hier ausgeführt wird, oder die vereinbarten Normen hier gelten, geeignet sind, jene Meinung als richtig erscheinen zu lassen.

VI. Indem hiemit die Voraussetzungen, unter denen im vorliegenden Falle eine Ausnahme von dem Satze begründet sein könnte, daß völkerrechtliche Verträge nur die Contrahenten binden, wohl hinlänglich als nicht zutreffend nachgewiesen sind, ist diesem allem nach die Frage, ob das deutche Reich in den Rechtshülfevertrag eingetreten sei, zu verneinen. Dessenungeachtet könnten freilich die in dem Vertrage vereinbarten Bestimmungen, nach welchen die französischen Gerichte bezüglich der schweizerischen Urtheile zu verfahren haben, da sie durch das kaiserliche Decret vom 19. Oktober 1869 als Rechtsnormen in Frankreich eingeführt sind — siehe Bulletin Nr. 1758 de 1869, woselbst es von dem Vertrage und dem beigefügten Protokoll heißt: „recevront leur pleine et cutière execution", noch heute in Elsass-Lothringen Geltung haben.

Jedenfalls haben sie aber, da Reichsrecht Landesrecht aufhebt, durch den § 661, Absatz 5 der Civilprozeßordnung die Einschränkung erfahren, daß sie nur befolgt werden dürfen, wenn die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Ob sie *im Uebrigen* noch gelten, ist im vorliegenden Falle von keiner Erheblichkeit.

Anbelangend nun

VII. die Frage des factischen Verbürgtseins der Gegenseitigkeit von Seiten des Kantons Zürich, so ist nach den Erörterungen in der Reichsjustizcommission kein Zweifel darüber, daß nach der Absicht der Bestim-

mung des § 661, Ziff. 5 der Civilprozeßordnung auch ein factisches Verbürgtsein durch die Praxis des Auslandes hat zugesagt werden sollen. Nicht minder ist aber auch, was den Begriff des Verbürgtseins anbetrifft, nach jenen Erörterungen anzunehmen, daß derselbe nicht den negativen Sinn hat, daß wenn das Ausland die Rechtshülfe verweigert hat, sie zur Retorsion auch dießseits verweigert werden soll, sondern den positiven Sinn, daß eine positive Gewähr entweder durch Vertrag oder in anderer Weises dafür vorhanden sein muss, daß das Ausland die dießseitigen Urtheile vollstrecken wird. Ein Verbürgtsein in diesem Sinne hat das Gericht durch die von dem klägerischen Anwalte dargelegten Fälle der Vollstreckung deutscher Urtheile im Zusammenhalte mit dem Zeugnisse des Zürcher Obergerichtes für nachgewiesen nicht erachten können. Es mußte:

1. Die im Thatbestande angeführte Bestimmung des § 752, Absatz 2 des Rechtspflegegesetzes Bedenken erregen. Da ihr zufolge der Zürcher Richter die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung unbeschränkt prüfen darf, so besteht in ihr ein fortwährender Anlaß für den Richter, die in den vorgelegten Fällen *innegehaltene* Grenze nicht einzuhalten und Umstände, die annehmen ließen, daß dies nicht geschehen werde, sind in dem dargelegten Materiale nicht beigebracht.
2. Abgesehen von diesem Bedenken umfassen die beigebrachten Fälle auch einen zu kurzen Zeitraum, als daß auf ein ferneres Bestehen der dargelegten Praxis der Gerichte mit derjenigen Sicherheit gerechnet werden kann, die das Gesetz verlangt, wenn es die Gegenseitigkeit *verbürgt* haben will, denn darin liegt neben den Erfordernissen einer positiven Thatsache, die darauf schließen läßt, daß das Ausland die Urtheile vollstrecken wird, jedenfalls auch das, daß Zweifel darüber, ob dieß geschehen wird, nicht obwalten dürfen; der kurze Bestand der nachgewiesenen Praxis berechtigt aber in der That zu Zweifeln.

Indem nach Allem obigen die Gegenseitigkeit als verbürgt nicht erachtet werden konnte, war die Klage als unbegründet und unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten abzuweisen.

Schluss:

Die erhobene Klage wird als unbegründet abgewiesen, unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten.

Anmerkung der Redaktion. Der vorstehende Entscheid bietet nicht nur deßwegen großes Interesse, weil er die juristisch sehr nette Frage behandelt, ob der schweizerisch-französische Staatsvertrag vom 15. Juni 1869 auch heute noch für das Gebiet von Elsass-Lothringen zu Recht bestehe, obgleich solches in der Folge an das deutsche Reich übergegangen ist, sondern namentlich und vorzugsweise auch aus dem weitern Grunde, weil er den Ausspruch eines deutschen Gerichtes enthält, daß Urtheilen zürcherischer Gerichte im deutschen Reiche keine Vollziehung gewährt werden könne.

Daß der urtheilende Richter zu dem Schlusse gelangt ist, es sei das deutsche Reich bezüglich des Gebietes von Elsass-Lothringen nicht in den Rechtshülfevertrag mit Frankreich eingetreten, fällt uns durchaus nicht auf; wir halten vielmehr die dießbezüglichen Ausführungen für vollständig richtig. Schon weniger könnten wir uns dagegen mit der weiteren, im Urtheil niedergelegten Auffassung einverstanden erklären, daß die im Vertrage enthaltenen Bestimmungen trotz seines Nichtüberganges auf das deutsche Reich in Elsass-Lothringen selbst heute noch Geltung haben dürften, weil sie s. Z. durch kaiserliches Decret als Rechtsnormen in Frankreich eingeführt worden seien. Zwar soll nicht bestritten werden, daß die Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge erst durch die betreffenden Einführungsdecrete Rechtsnormen im Staate werden; allein es will uns scheinen, daß diesen Einführungsdecreten naturgemäß die Beschränkung innewohne, daß die Vertragsbestimmungen durch sie nur auf so lange als Rechtsnormen im Staate eingeführt sein sollen, als der Vertrag selbst in Kraft besteht. Der letztere bildet unseres Erachtens nicht nur eine Veranlassung zur Einführung seiner Bestimmungen als Rechtsnormen im Staate, sondern sein Bestand ist

eine förmliche Voraussetzung für die Geltung der eingeführten Rechtsnormen und zwar kraft der kaum anders auszulegenden Einführungsdecrete. Daß der urtheilende Richter davon ausgegangen ist, es seien die im Vertrage vereinbarten Bestimmungen, nach welchen die französischen Gerichte bezüglich der schweizerischen Urtheile zu verfahren haben, auch wenn sie als s. Z. in Frankreich eingeführte Rechtsnormen noch heute in Elsass-Lothringen als Landrecht Geltung haben sollten, jedenfalls durch den dem Reichsrecht angehörenden § 661 der deutschen Civilproceßordnung modificirt worden, ist kaum zu beanstanden, *nicht das Gleiche aber kann unseres Erachtens gesagt werden von den Ausführungen, welche darthun sollen, dass das in Ziff. 5 jenes Paragraphen für die Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile verlangte Requisit des Verbürgtseins der Gegenseitigkeit nicht vorliege.*

Durch einen Staatsvertrag ist allerdings die Gegenseitigkeit nicht verbürgt, sobald man einmal annimmt, daß derjenige mit Frankreich für Elsaß-Lothringen keine Geltung mehr habe. Auch müssen wir zugeben, daß eine gesetzliche, im zürcherichen Prozeßrecht begründete Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht vorliegt, denn eine solche kann in dem Wortlaute des § 752 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes deßwegen nicht gefunden werden, weil derselbe auch den Vollzug von rechtskräftigen und von einem competenten Richter erlassenen Civilurtheilen aus Staaten, mit denen keine Staatsverträge bestehen, lediglich dem Ermessen des zürcherischen Richters in dem Sinne anheimstellt, daß derselbe nach freier Würdigung aller Verhältnisse darüber entscheiden soll und damit demselben eben auch die Möglichkeit gibt, die Entscheidung auf ihre Gesetzmässigkeit zu prüfen. *Wohl aber liegt eine genügende und völlig sichere Verbürgung dafür, dass Urtheile deutscher Gerichte im Kanton Zürich ohne Prüfung auf ihre Gesetzmässigkeit anstandslos vollzogen werden, in der Praxis der zürcherischen Gerichte hinsichtlich der Auslegung und Anwendung des § 752 auf solche Urtheile und in der Erklärung des obersten zürcherischen Gerichtshofes über Art und Umfang der Voraussetzungen, welche er verlangt, um Urtheilen deutscher Gerichte die Vollziehung zu gewähren.* Es will uns scheinen, der Richter in Mülhausen hätte sich davon ebenso gut überzeugen dürfen wie derjenige in Karlsruhe. Nicht nur liegt vor, daß die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes bereits im Jahre 1877 einem Urtheil des Kreisgerichtes Waldshut, das zudem ein Comtumacialurtheil war, ohne allen Anstand die Vollstreckung gewährt, sondern, was wohl die Hauptsache ist, diese Vollstreckungsgewährung mit dem durchaus principiellen Satz begründet hat, daß eine Verweigerung der Execution gegenüber Urtheilen eines civilisirten Staates, dessen Rechtspflege der besten Achtung genieße und die nach sorgfältiger Wahrung der vorgeschriebenen Rechtsformen erlassen worden seien, *nicht im Sinne des § 752* des Rechtspflegegesetzes *liege.* In dieser principiellen Auslegung des Gesetzes liegt unseres Erachtens das Entscheidende und die absolute Gewähr dafür, daß Urtheilen aus Staaten, die, wie Deutschland, die formellen und materiellen Requisite eines gehörigen Rechtsganges vollauf erfüllen, im Kanton Zürich jederzeit ohne Nachprüfung der Gesetzmässigkeit der Entscheidung die Vollziehung gewährt wird. Diese Auslegung ist das Resultat der so gefürchteten „freien Würdigung aller Verhältnisse“, von welcher der § 752 spricht, sie enthält eine fundamentale Praecisirung des Gesetzes dahin gehend, daß eben zum Vollzug von Civilurtheilen aus Staaten wie Deutschland etwas Anderes nicht nöthig sei als die unzweifelhafte Rechtskräftigkeit der Urtheile, die Zuständigkeit des urtheilenden Richters sowohl nach der fremden als hiesigen Gesetzgebung, die gehörige Vorladung der Parteien und daß die Handlung, zu welcher der Beklagte verurtheilt wurde, auch nach hierseitigem Recht eine erzwingbare ist bezw. dem dießseitigen öffentlichen Recht nicht zuwiderlaufe. Der Vorbehalt, daß die Urtheile nicht in *ganz offenbarem, geradezu augenfälligem* Widerspruch mit dem maßgebenden formalen und materiellen Rechte stehen, sodaß sie in Wirklichkeit den Namen von Urtheilen gar nicht mehr verdienen, ändert an dem

Gesagten natürlich gar nichts und hat wohl auch für Deutschland keine praktische Bedeutung, weil solche Urtheile daselbst nicht vorkommen dürften. Die genannte Gesetzesauslegung entspricht offenbar auch dem Willen, welcher den Gesetzgeber beim Erlaß des § 752 geleitet hat und der Umstand, daß dieselbe eben gerade auf der Erkenntniß dieses gesetzgeberischen Willens beruht, sichert ihren Fortbestand für alle Zukunft. Hätte es sich nur um die Frage des Vollzuges von Urtheilen aus Staaten gehandelt, die bekanntermaßen die formellen und materiellen Requisite eines gehörigen Rechtsganges erfüllen, wie das von Deutschland gesagt werden kann, so ist gar nicht daran zu zweifeln, daß ausdrücklich gesagt worden wäre, es solle die Vollziehung ohne Prüfung der Gesetzmässigkeit der Entscheidung stattfinden. Offenbar ist die allgemeine Fassung: „nach freier Würdigung aller Verhältnisse" nur mit Rücksicht darauf gebraucht worden, daß der Gesetzgeber auch an Urtheile aus Staaten dachte, bei denen das Vorhandensein jenes Requisites nicht zutrifft. Hat er dabei z. B. an Rechtszustände von Japan, China etc. gedacht, so wird man ihm keinen Vorwurf daraus machen, daß er dem Richter auch die Möglichkeit einer Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung vorbehalten wollte. Wir wissen nichts Anderes als daß seit 1877 ausnahmslos an der erörterten Praxis festgehalten worden ist und kennen absolut keine Umstände, welche auch nur im Entferntesten auf eine bevorstehende Aenderung derselben hindeuten würden. Daß das zürcherische Obergericht an eine solche Aenderung nicht denkt, sondern die erwähnte Praxis durchaus festhalten wird, glauben wir mit aller Zuversicht aussprechen zu können, damit ist aber auch ohne Weiteres die Garantie dafür gegeben, das die untern Instanzen im gleichen Sinne vorgehen werden. Das Handelsgericht hat den Beweis dafür, daß es auf dem nämlichen Boden stehe, in seinem Urtheil vom 16. Januar 1885 in Sachen Fratelli Costa c. Sigg-Sulzer geleistet. (Siehe Schweiz. Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen. Jahrgang 1885, Nr. 7). Uebrigens verweisen wir auf das vom Obergerichte dem Oberlandesgerichte zu Karlsruhe abgegebene Gutachten, dessen Inhalt wohl jeden Zweifel darüber ausschließt, daß eine feste, und weil auf principieller, durchaus dem Willen des Gesetzgebers entsprechender Gesetzesauslegung fußend, auch für die Zukunft gesicherte Praxis besteht. Wir hätten in der That geglaubt, das Mülhauser Gericht würde einem Gutachten des obersten zürcherichen Gerichtshofes mehr Vertrauen entgegenbringen und unter Umständen, wie sie hier vorliegen, weder davon sprechen, daß die Gefahr einer Aenderung der festgestellten Praxis naheliege, noch davon, daß die letztere von zu kurzer Dauer sei, um eine Verbürgung der Gegenseitigkeit zu documentiren. Der Hinweis auf die Gefahr, welche in dem Wortlaute des § 752 selbst liegen soll, ist mit dem Gesagten bereits zurückgewiesen. Anerkennt man einmal, wie es die Civilkammer des Landgerichtes zu Mülhausen thut, daß der § 661, Ziff. 5 der deutschen Civilprozeßordnung auch ein bloß factisches Verbürgtsein der Gegenseitigkeit durch die Praxis des Auslandes zulassen wolle, so kommt es dann oben gewiß bloß darauf an, ob diese Praxis nachgewiesen sei oder nicht und nicht mehr darauf, ob der § 752 *seinem Wortlaute nach* die Möglichkeit gebe, in Zukunft wieder von dieser Praxis abzugehen. Indem das Gericht auf diese Möglichkeit abstellt, negirt es auf einmal wieder die Bedeutung der feststehenden Praxis und wirft den vorher ausgesprochenen Satz, daß die in derselben liegende Verbürgung der Gegenseitigkeit eine im Sinne des Gesetzes genügende sei, über den Haufen. Wir sehen nicht ein, warum die schweizerischen Gerichte gegenüber deutschen Urtheilen einen anderen Standpunkt einnehmen sollten als gegenüber französischen, sobald nur von Deutschland die Gegenseitigkeit verbürgt ist, wie sie Frankreich in dem mehrerwähnten Staatsvertrag zusichert. Diese Verbürgung kann in dem § 661 der deutschen Civilprozeßordnung liegend erachtet werden und wurde gestützt auf diese Gesetzesstelle hierorts immer angenommen. Wir zweifeln auch nicht daran, daß das in Zukunft geschieht, allein es könnte doch einmal anders kommen, wenn Deutschland die Vollziehung hiesiger Urtheile trotz aller Gegen-

seitigkeit beharrlich verweigern würde. Wir wollen das nicht hoffen und glauben zuversichtlich, daß eine höhere Instanz auch das handelsgerichtliche Urtheil Lloyd c. Thesmar schützen wird. Eine Verweigerung der Execution käme in diesem Falle einer Rechtsverweigerung überhaupt gleich, weil das Mülhauser Landgericht bereits erklärt hat, der Klaganspruch könne nur vor dem zürcherischen Handelsgericht als forum compromissum eingeklagt werden. Man sollte meinen, daß wo der Fall so liegt, es mit dem Erforderniß der verbürgten Gegenseitigkeit nicht allzu streng genommen werden dürfe.

Urtheil

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 27. November 1885
in Sachen
des *Titus Dürr, Sohn* in Zürich, Klägers und Widerbeklagten,
gegen
Georg Rudolf Billeter, Zeughausstraße-Außersihl, Beklagten und Widerkläger
betreffend Gesellschaft.

Bestätigung des Grundsatzes, daß die Auflösung einer Kollektivgesellschaft durch richterlichen Beschluß auf Grund von Art. 545, Ziff. 7 und 547 des Schw. O.-R. gegen den Willen des Beklagten selbst dann ausgesprochen werden kann, wenn der dieselbe begehrende Kläger den Zustand, welcher eine weitere gedeihliche Fortsetzung der Societät nach Ansicht des Gerichtes ausschließt, selbst, sei es allein oder wenigstens in der Hauptsache verschuldet hat. (*Siehe Nr. 8 dieser Blätter vom 1. Mai 1885*).

Streitfrage:

I. Klage: Ist der Beklagte verpflichtet, dem Kläger 2521 Fr. 55 Cts. nebst Zins à 6 % seit 29. April 1885 zu bezahlen?

II. Widerklage: 1. Ist der Beklagte und Widerkläger berechtigt, sofort als Antheilhaber der Firma Titus Dürr & Cie. in Zürich zurückzutreten unter Vormerk am Handelsregister?

2. Ist der Kläger und Widerbeklagte verpflichtet, zu einem auf 1. Oktober 1885 im Sinne des Gesellschaftsvertrages unter direkter Mitwirkung der Parteien oder von denselben bezeichneten Sachverständigen anzufertigenden Inventar Hand zu bieten?

3. Ist der Kläger und Widerbeklagte verpflichtet, das dem Beklagten und Widerkläger laut Gesellschaftsvertrag und gestützt auf das Inventar und die Bilanz zustehende Guthaben an die Firma Titus Dürr & Cie. auf 31. März 1886 nebst Zins à 5 % seit 1. Oktober 1885 an zurückzubezahlen und inzwischen genügend zu versichern?

Thatsächliches:

A. Der Kläger, welcher damals einziger Inhaber einer Samen-, Kolonialwaaren- und Produktenhandlung an der Bahnhofsstraße in Zürich war, nahm im Jahre 1881 den Beklagten mit einer Baareinlage von 15,000 Fr. als Associé in sein Geschäft auf. Am 15. März 1883 trat als dritter Antheilhaber J. R. Rütschi-Meier in die Gesellschaft „Titus Dürr & Cie." ein und es wurde damals ein Gesellschaftsvertrag errichtet. In Art. 2 ist die Einlage des Titus Dürr, bestehend im bisherigen Waarenlager nebst Mobilien und Geschäftskasse auf 57,235 Fr. gewerthet, diejenige des Billeter mit 15,000 Fr. plus weiter eingebrachten 10,000 Fr. gleich 25,000 Fr. und diejenige des Rütschi mit 20,000 Fr. angegeben. Diese Antheile sind mit 5 % jährlich zu verzinsen. Der Art. 4 setzt jedem Gesellschafter ein jährliches Honorar von 3000 Fr. aus, beziehbar in monatlichen Raten von 250 Fr. aus der Gesellschaftskasse. Laut Art. 7 übernimmt die Gesellschaft gewisse Miethverträge, so auch einen solchen, den Kläger am 1. Juli 1881 mit den Erben Billeter über einen Garten an der Zeughausstraße-Außersihl abgeschlossen hatte. Die rechtsverbindliche Unterschrift führen alle drei gleich, am Gewinn und Verlust participiren Dürr mit 4/9, Rütschi mit 3/9 und Billeter mit 2/9, Bilanz und Inventar sind *auf 1. Juli* jedes Jahres zu ziehen. Der Art. 11 setzt die Dauer des Vertrages bis zum 1. Juli 1888 fest und der Art. 13 bestimmt, daß die Auflösung von jedem Gesellschafter verlangt werden könne, sobald sich dessen Einlagekapital durch Verluste bis zur Hälfte vermindert habe. Wird jedoch eine solche Auflösung verlangt, so ist halbjährliche Kündigung auf *1. Juli* erforderlich. Laut Art. 14 ist Dürr im Falle Auflösung berechtigt, das Geschäft mit Aktiven und Passiven an sich zu ziehen gestützt auf ein dannzumal aufzunehmendes Inventar, und endlich bestimmt der Art. 15, daß für die Auszahlung des allfällig dem Mitgesellschafter zukommenden Gewinnsaldos und Kapitaleinlage gegenseitig eine sechsmonatliche Frist vom Tage der Auflösung

an gewährt werde, innerhalb welcher die Betreffnisse zu 5 % zu verzinsen und sicher zu stellen seien.

B. Gegen Ende 1883 schied Rütschi-Meier mit nur 8000 Fr. Auskaufssumme, zahlbar in 5 Raten, aus der Firma aus. Eine vollständige Inventar- und Bilanzaufnahme fand bloß auf 1. Juli 1884 statt, sie zeigte ein Firmavermögen von 31,821 Fr. 79 Cts. Am 10. Januar 1885 war die dritte Ratazahlung an Rütschi im Betrage von 2000 Fr. fällig und am 14. Januar sollte das Geschäft eine Zahlung von 507 Fr. 45 Cts. an Schibli in Otelfingen machen. Um das Geld zu erhalten, stellte Billeter am 9. Januar *auf seinen Namen* einen Eigenwechsel von 2500 Fr. per 10. April aus, discontirte ihn bei der Leihkasse Zürich und löste ihn am 15. April mit 12 Fr. 55 Cts. Protestkosten ein. Das Geld zur Einlösung verschaffte er sich indeß dadurch, daß er am 15. April einen neuen Eigenwechsel von 2512 Fr. 55 Cts., *jedoch diess Mal mit der Unterschrift der Firma Titus Dürr & Cie.* unterzeichnete und discontirte. Dieser wurde dann am Verfalltag (29. April) vom Kläger *aus den Mitteln der Firma* bezahlt und es ist nun die Hauptklage auf Rückerstattung dieser Zahlung in die Firmakasse gerichtet, weil Beklagter die Einzahlung vom 9. Januar behufs Deckung einer durch Mehrbezüge über das vertragliche Salair hinaus entstandenen Firmaschuld geleistet habe und deßhalb die unterm 15. April erfolgte Ausstellung eines Eigenwechsels *für die Firma* eine mißbräuchliche gewesen sei. Der Beklagte gibt zwar zu, daß er am 9. Jan. 1885 Schuldner der Firma gewesen sei, bestreitet aber, daß diese Schuld 2500 Fr. erreicht habe, seine Einzahlung damit irgendwie im Zusammenhang stehe und behauptet vielmehr, daß letztere *als Vorschuss* ins Geschäft erfolgt sei. Seiner Mehrbezüge sei damals gar nicht erwähnt worden. Kläger habe ihm in seiner Aufstellung die laufenden Zinse der 25,000 Fr. betragenden Einlage nicht gutgeschrieben, obschon die Pflicht zur Gutschrift von ihm in 2 Briefen anerkannt worden sei.

C. Sein Begehren um sofortige Auflösung des Gesellschaftsvertrages stützt Billeter zunächst auf Art. 547 des O.-R. und eventuell auf Art. 13 des Societätsvertrages. Das gegenseitige Verhältniß sei gänzlich zerrüttet und diese Zerrüttung bilde einen „wichtigen“ Grund zur Auflösung. Seit Anfang 1884 habe Dürr stets die ihm, Billeter, eingeräumten vertraglichen Competenzen zu beschränken gesucht, ihm jede Einsicht in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen verweigert und alle seine Geschäftshandlungen bemängelt und bekrittelt. Derselbe sei immer verspätet im Geschäft erschienen, während der Geschäftsstunden ausgeritten, habe der Kasse durch Herausgabe des „Garten- & Blumenfreundes“ monatlich 500 Fr. entzogen, sein Pferd als Guide auf Kosten des Geschäftes gefüttert, auf Rechnung der Gesellschaftskasse eigenmächtige Speculationen in Kaffee gemacht und Waarenbestände unter dem Inventaransatze verschleudert, sowie trotz seines Widerspruches eine Schwester mit 110 Fr. Monatsgehalt angestellt. Trotzdem er, Billeter, an einem Herzübel leide und deßwegen zwei Mal schwer krank gewesen sei, habe Dürr ihm die nachgesuchte Entlassung verweigert, tägliche Reibereien und Auftritte seien die Folge gewesen und nachdem er im April 1885 neuerdings krank geworden, sei er nicht mehr ins Geschäft gegangen. Völlig unhaltbar sei das persönliche Einvernehmen der Parteien im Laufe des Sommers 1885 geworden. Widerkläger gehöre zu den Erben Billeter, welche an die Firma den laut Art. 7 des Societätsvertrages von dieser übernommenen Garten an der Zeughausstraße-Außersihl vermiethet haben. Weil die Ursache der seinerzeitigen Vermiethung lediglich in der Zugehörigkeit des Widerklägers zur Firma Titus Dürr gelegen habe, dieser nun aber seit April 1885 sich im Geschäfte nicht mehr aktiv habe betheiligen können, ihm trotzdem der Austritt verweigert worden sei und Dürr die Familie Billeter mit seinen Angestellten durch die Benützung des Gartens stetsfort chicanirt habe, sei derselbe dazu gekommen, am *30. Juni 1885* im Namen der Firma den Miethvertrag über den Garten nebst den darin befindlichen Pflanzen für 1000 Fr. an seinen Bruder C. A. Billeter abzutreten; sein damaliger Anwalt habe ihm dazu gerathen, weil der Societätsvertrag ihm das Recht dazu gebe. Diese Abtretung sei zur Quelle neuer Zwistigkeiten geworden. Ueber dieselben ergibt sich aus den Akten Folgendes: Am 10. Juni 1885 schon wurde auf Begehren des Dürr den Erben Billeter *richterlich* befohlen, ihm den Bezug von Pflanzen aus dem Garten zu gestatten. Letztere verweigerten trotzdem den Angestellten der Firma den Eintritt in den Garten, der Befehl wurde deßhalb vom Richter, welcher die Abtretung des Gartens als ungültig betrachtete,

auf die Beschwerde des Dürr hin erneuert und die Erben Billeter mit 20 Fr. Ordnungsbuße belegt.

Am 15. August erfolgte eine abermalige Erneuerung des Befehls, weil Dürr behauptet hatte, es sei seinen Arbeitern beim Versuch, den Garten zu betreten, bewaffneter Widerstand entgegengesetzt worden. Wegen neuer Renitenz wurden dann der Widerkläger und dessen Mutter vom Bezirksgericht Zürich auf Betreiben des Widerbeklagten wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen zu je 15 Fr. Buße verurtheilt. Die interessante Folge war eine amtliche Anzeige des Widerklägers an Dürr, worin er demselben Namens des Bruders C. A. Billeter den Eintritt in den Garten untersagte. Als darauf Dürr seine Angestellten trotzdem wieder in den Garten schickte, wurden diese mit Schimpfworten empfangen und die Folge davon war die gerichtliche Bestrafung des Widerklägers wegen Beschimpfung mit 30 Fr. Buße.

Anfangs Juli 1885 verlangte Dürr, daß dem Billeter die Firmaunterschrift entzogen werde, weil er durch die Ausstellung des Eigenwechsels vom 15. April und die Abtretung des Gartens vom 30. Juni 1885 Mißbrauch damit getrieben habe, und wirklich wurde dem Letztern durch richterliche Verfügung vom 20. Juli die Führung der Unterschrift *für einstweilen* untersagt und Dürr ermächtigt, dieß im Handelsregister und Handelsamtsblatt vormerken zu lassen, ihm aber aufgegeben, binnen Frist die Klage auf *definitive* Entziehung der Unterschrift beim Gericht anhängig zu machen. Schon das Handelsamtsblatt vom 8. August enthielt die vom 3. datirte Anzeige vom einstweiligen Entzug der Firmaunterschrift. Am 18. Aug. reichte Dürr seine bezügliche Klage beim Handelsgericht ein und Billeter anerkannte dieselbe sodann in der Referentenaudienz, angeblich bloß weil er krank gewesen, nicht habe prozessiren mögen und überzeugt gewesen sei, daß die Auflösung der Gesellschaft nunmehr kommen müsse.

D. Der Widerbeklagte bestreitet den Anspruch des Widerklägers auf sofortige Auflösung der Gesellschaft, weil dieser die Zerrüttung der letztern selbst und allein verschuldet habe und Niemand aus vertragswidrigem Benehmen ein Recht erwerben könne. Im Einzelnen bestreitet er theils die thatsächliche Richtigkeit der ihm gemachten Vorwürfe, theils deren Erheblichkeit, macht geltend, daß Billeter mit seinen Handlungen einverstanden gewesen sei und führt namentlich aus, daß er im Interesse des Geschäftes absolut genöthigt gewesen, auf Entzug der Unterschrift zu dringen und bezüglich des Gartens so vorzugehen, wie dieß geschehen sei.

Entscheidungsgründe:

1. Als der prinzipale Streitpunkt erscheint in diesem Prozesse die Widerklage, und dieselbe ist daher zuerst zu erörtern. Deren erstes Rechtsbegehren geht auf sofortige Auflösung des Gesellschaftsvertrages, dessen Dauer vertraglich bis 1. Juli 1888 vereinbart wurde. Für dieses Begehren werden zwei verschiedene Gründe geltend gemacht, in erster Linie die behauptete Thatsache einer tiefen Zerrüttung des persönlichen gegenseitigen Verhältnisses der Gesellschafter und eventuell die durch die Bilanz auf 1. Juli 1884 erwiesene Verminderung des Gesellschaftskapitals bis unter die Hälfte der ursprünglichen Einlagen, in Verbindung mit Art. 13 des Vertrages.

2. Mit Bezug auf diesen eventuellen Rechtsgrund erklärt der Widerbeklagte, daß er das Vorhandensein der thatsächlichen Voraussetzungen des Art. 13 zugestehe. Allein hieraus würde für den Widerkläger noch keineswegs das Recht zum sofortigen Rücktritt vom Vertrag folgen, sondern lediglich die Anwendung der weitern Bestimmungen der Art. 13 bis 15 des Vertrages, d. h. die Kündigung der Gesellschaft auf 1. Juli 1886. die dannzumalige Inventaraufnahme, Sicherstellung des Aktivsaldos des Widerklägers und Auszahlung desselben nach einem weitern halben Jahr. Die genannten Ansprüche macht nun der Widerbeklagte nicht streitig. Wäre aber der Kündigungsanspruch von ihm bestritten worden, so hätte das Gericht darüber nicht zu entscheiden gehabt, da dieser Anspruch, wie der Widerbeklagte mit Recht einwendet, laut der Weisung nicht zum Gegenstand des Prozesses gemacht wurde, indem er vom eingeklagten Anspruch auf sofortige Vertragsaufhebung sowohl inhaltlich als auch bezüglich der Voraussetzungen wesentlich verschieden ist. Also kann für die Widerklage nur der dafür in erster Linie vorgebrachte Grund in Frage kommen.

3. Die Behauptung des Widerklägers, daß sein persönliches Verhältniß zum Widerbeklagten tief zerrüttet sei, wird nun allerdings durch die in den Akten festgestellten Thatsachen bestätigt, und es kann auf Grund dieser Thatsachen nicht als wahrscheinlich

betrachtet werden, daß ein gedeihliches Zusammenwirken der Parteien als Gesellschafter in Zukunft möglich sein werde. Frägt man nach den einzelnen Ursachen dieses Zustandes, so sind dieselben wohl hauptsächlich in den Vorgängen seit April 1885 zu suchen; denn frühere etwaige Störungen im gegenseitigen Einvernehmen scheinen unbedeutend und jedenfalls bloß vorübergehend gewesen zu sein, während das gänzliche Wegbleiben des Widerklägers aus dem Geschäft seit jenem Zeitpunkt offenbar nicht nur auf Rechnung seiner leidenden Gesundheit zu setzen ist. Am 30. Juni erfolgte auf Seiten des Widerklägers die Abtretung des Gartens in Außersihl, und damit begann die Kette der gerichtlichen Streitigkeiten der Parteien, welche ihre schließliche völlige Entfremdung zur Folge hatte. Der Widerbeklagte eröffnete seinerseits den Streit, indem er den Gegner für den Betrag des Wechsels von 2502 Fr. 55 Cts., sowie weitere Firmaguthaben betrieb, und wenn er auch mit seinem Rechtsöffnungsgesuch am 1. Juli wegen Illiquidität der Forderung abgewiesen wurde, so mußte doch der Vorwurf des Firmamißbrauches, den er hiebei unter weiterm Hinweis auf die Abtretung des Gartens erhob, den Widerkläger aufs Neue erbittern. Nicht bloß bei ihm, sondern bei seiner ganzen Familie nahm offenbar der Haß, fortwährend genährt durch die Reibereien wegen des Gartens, stetsfort zu. Ihren Höhepunkt aber erreichte die Erbitterung, als der Widerbeklagte suchte, durch das Mittel der Gerichte dem Assosié die Firmaunterschrift zu entziehen und das einstweilige Verbot derselben kurz nach dessen Erwirkung im Handelsamtsblatte eröffnete. Diese Thatsachen enthalten wohl die bestimmenden Ursachen der gegenwärtigen Zerrüttung des gesellschaftlichen Verhältnisses, was im übrigen hiefür angeführt wurde, mag weiter zu derselben beigetragen haben, aber nur in unerheblichem Maße.

4. Der Widerbeklagte legt die Schuld hieran dem Widerkläger zur Last, indem er sich darauf beruft, daß er sich zu der im Sommer d. J. im summarischen Prozeß eingeklagten Forderung berechtigt geglaubt habe, daß anderseits jedenfalls die durch den Gegner vorgenommene Abtretung des Gartens eine unberechtigte gewesen sei, daß er ferner im Interesse der Firma zur Behauptung des Gartens mit allen Mitteln und schließlich sogar dazu gedrängt worden sei, dem Associé, der schon durch Ausstellung des Wechsels vom 15. April und jedenfalls bei jener Abtretung die Firmaunterschrift mißbraucht und das Geschäft dadurch geschädigt habe, zur Verhütung weiteren Schadens die Unterschrift zu entziehen. Wenn nun auch, wie weiter unten auszuführen sein wird, die Darstellung des Klägers und Widerbeklagten über die Verumständungen bei der Ausstellung jenes Wechsels nicht als bewiesen gelten kann, und daher der Vorwurf jenes ersten Firmamißbrauchs für den Richter dahinfällt, so ist dies doch nicht der Fall bezüglich der Abtretung des Gartens. Es braucht nicht näher erörtert zu werden, daß jene Rechtshandlung, gleichviel ob formell die Befugniß hiezu dem Widerkläger zugestanden hätte, was übrigens schon im summarischen Verfahren wohl mit Recht verneint wurde, jedenfalls nicht mit dem Bewußtsein und Zweck geschah, dadurch das Interesse der Firma zn fördern, sondern offenbar lediglich zum eigenen persönlichen Interesse und zwar wohl hauptsächlich zur Chikane des Gegners und um ihn in seiner Geschäftsführung möglichst zu behindern. Hievon ausgegangen steht es dem Widerkläger nicht zu, sich über die Schritte zu beklagen, welche vom Chef der Firma zur Erhaltung des Gartens gethan wurden. Zweifelhafter ist die moralische Berechtigung der weitern rechtlichen Anstrengungen des Widerbeklagten und es will namentlich scheinen, die sofortige Veröffentlichung des provisorischen Entzuges der Firmaunterschrift sei mehr dem Gefühl des Hasses als der Obsorge für die Firma entsprungen. Immerhin hat der Widerkläger die Berechtigung dieser Einschränkung in seinen Rechten als Gesellschafter nachher ausdrücklich anerkannt, so daß wohl nur die etwas hastige Veröffentlichung zu Lasten des Widerbeklagten fällt. Es kann sich daher in der That fragen, ob diejenigen Thatsachen, welche die innere Zerrüttung des Verhältnisses der Gesellschafter zur Folge hatte, nicht in der Hauptsache auf die persönliche Verschuldung des Widerklägers zurückzuführen seien, und es ist wohl richtig, dies zu bejahen.

5. Demnach ist hier zu entscheiden, ob die Thatsache einer tiefen Zerüttung des Einvernehmens der Gesellschafter den Anspruch auf sofortige Auflösung des Gesellschaftsvertrages begründe, und zwar auch für den Gesellschafter, welcher hauptsächlich die Schuld an den die Zerüttung herbeiführenden Thatsachen trägt, und bei Widerspruch des anderen Gesellschafters. Maßgebend ist Art.

547 des Obl. R.; hiernach „kann die Auflösung verlangt werden „aus wichtigen Gründen." Dieser allgemein gehaltene Wortlaut scheint nun allerdings der richterlichen Anwendung des Gesetzes einen weiten Spielraum offen zu lassen, er steht der Bejahung obiger Frage jedenfalls nicht ausdrücklich entgegen. Eine Vergleichung der Gesetzesstelle mit einer ähnlichen in Art. 1871 des französischen Code civil, wornach erhebliche Verletzung der Gesellschaftspflicht nur dann Auflösungsgrund ist, wenn sie in der Person des *anderen* Gesellschafters vorgekommen ist, spricht wohl eher dafür, daß das Obligationenrecht eine Beschränkung in dieser Hinsicht nicht enthalte, weil jene Redaktion die Andeutung letzterer sonst nahe gelegt hätte. In dieser Hinsicht mag ferner erwähnt werden, daß frühere Entwürfe des Gesetzes für Gesellschaften mit mehr als zwei Antheilhabern bestimmten, daß in dem Falle, wo die Ursache zur Auflösung vorwiegend in der Person eines Gesellschafters liege, *alle übrigen Gesellschafter auch bloss auf Ausschliessung jenes schuldigen Gesellschafters* klagen können; nach dieser Redaktion hätte letzterer wohl kaum das Recht gehabt, seinerseits die Aufhebung der Gesellschaft zu verlangen. Die spätere Weglassung dieses Zusatzes, zuerst in der Redaktion des Entwurfes durch Prof. Fick, vom Juli 1878 (Art. 545), wo lediglich auf das richterliche Ermessen verwiesen ist, läßt ebenfalls eher annehmen, daß jene Beschränkung habe beseitigt werden wollen. Immerhin erscheinen diese Anhaltspunkte für die Erkenntniß des im Gesetze niedergelegten Willens nicht als ausreichend, und die Interpretation wird sich daher angesichts des allgemeinen Wortlautes der Stelle mehr auf die Auffassung des Gesellschaftsvertrages im allgemeinen und das rechtliche Bewustsein überhaupt zu stützen haben. Diesem letzteren scheint es nun allerdings zu widersprechen, wenn die Frage bejaht wird; denn damit würde einer Vetragspartei trotz, oder sogar auf Grund ihrer eigenen Verletzung der ihr obliegenden Pflicht das Recht zur Vertragsaufhebung gegeben, also der, wie es scheint, mit allem Rechtsgefühl unverträgliche Satz ausgesprochen, das Jemand aus seinem eigenen Unrecht Vorteil ziehen dürfe. Diese Auffassung würde es ferner demjenigen, der einen Societätsvertrag nicht halten will, ermöglichen, dessen Aufhebung durch eigenes unrechtmäßiges Handeln herbeizuführen. Das Gesetz stellt indeß ohne weiteres darauf ab, ob *„wichtige Gründe"* zur Vertrags[...] hebung vorhanden seien, und wenn man [...] Ermangelung weiterer Angaben hierüber [...] diglich der *Wichtigkeit* eines Grundes [...] sich betrachtet, entscheidendes Gewicht b[...] legt, so tritt die Ursache des diesen Gr[...] bildenden Verhältnisses durchaus zurück [...] es ist daher anzunehmen, dieselbe sei in [...] Redaktion des Gesetzes als gleichgültig [...] trachtet. Wenn dies auch zunächst als stoße[nd] erscheinen mag, so entbehrt doch diese A[uf]fassung der inneren Begründung durch[aus] nicht. Als Gründe, die dem Gesetzge[ber] für wichtig genug gelten durften, um ei[nen] Gesellschaftsvertrag vorzeitig und eins[eitig] auflösbar zu machen, erscheinen nämlich [na]turgemäß alle Thatsachen, welche das Ge[sell]schaftsverhältniß in seinen Grundlagen [...] stören und damit dem Vertrag seine nat[ür]liche Basis benehmen. Der Gesellscha[fts]vertrag beruht nun auch nach heutiger A[uf]fassung, wenn diese auch nicht mehr ein p[er]sönliches Freundschaftsverhältniß der Ge[sell]schafter voraussetzt, immerhin unbedingt [...] gegenseitiger Treue und gutem Glauben [...] der Gesinnung und den Handlungen der G[e]sellschafter. Sind diese verloren gegang[en], so ist ein gedeihliches Zusammenwirken [...] Gesellschafter nicht mehr möglich, der V[er]trag ist innerlich gebrochen und unter di[esen] Umständen die Zuläßigkeit auch der re[cht]lichen Aufhebung desselben natürlich [...] vernünftig und damit wohl im Sinne des [Ge]setzes gegeben. Dem gegenüber ersch[eint] die Interpretation, daß derjenige, welcher [...] Grund der Zerstörung des Verhältnisses v[er]schuldet hat, die Aufhebung nicht recht[lich] geltend machen könne, als etwas Ausnahm[s]weises und ein Vorbehalt, den das Ges[etz] nicht aufgenommen, sondern durch die A[ll]gemeinheit seines Ausdruckes zurückgewie[sen] hat. Vom moralischen Gesichtspunkte [aus] gesehen, steht in diesem Falle dem Mißver[]hältniß eines Vortheiles aus eigenem Ve[r]schulden als ein anderes Uebel die rechtli[che] Fortexistenz eines innerlich zerütteten Ver[]hältnisses gegenüber und es ist anzunehmen, mit der allgemeinen Ausdrucksweise des Ge[]setzes habe letzteres beseitigt werden wollen. Zu dieser Auffassung ist übrigens das Han[]delsgericht schon in einem früheren Falle ge[]langt (Urtheil vom 1. Mai 1885 in Sachen Achtnich gegen Rubly, abgedruckt in de[n] Schweizer Blättern für handelsrechtliche Ent[]scheidungen, Bd. IV, S. 114—122), und e[s] erscheint vom kaufmännischen Standpu[nkt]

aus vollends als unrichtig, eine Gesellschaft, welche offenbar thatsächlich nicht mehr gedeihen kann, durch rechtlichen Zwang aufrecht zu erhalten. Eine andere Frage ist es, ob nicht das unrechtmäßige Handeln des einen Gesellschafters für diesen eine Schadensersatzpflicht begründe, was den Vortheil, den er durch die Vertragsaufhebung erreicht, wieder aufhebt, dieß ist heute aber nicht im Streit.

6. Nach dem Gesagten ist das erste Rechtsbegehren der Widerklage gutzuheißen. Was die weitern Widerklagebegehren anbelangt, so nehmen diese selbst Bezug auf den Gesellschaftsvertrag und der Widerkläger scheint davon also auszugehen, daß die in Art. 13 bis 15 des Vertrages für den Fall einer Auflösung der Gesellschaft vereinbarten Bestimmungen auch maßgebend seien, wenn diese in Folge Richterspruches erfolgt; diese Auffassung ist auch offenbar diejenige des Gesellschaftsvertrages. Nach den genannten Vertragsbestimmungen ist der Widerbeklagte berechtigt, das Geschäft zu übernehmen, worüber kein Streit herrscht und zwar auf Grund einer neu zu errichtenden Bilanz, und verpflichtet, den sich hiernach ergebenden Aktivsaldo des Widerklägers sicher zu stellen und denselben innert 6 Monaten von der Inventaraufnahme zurückzuzahlen. Der Widerkläger verlangt, daß das Inventar auf den 1. Oktober 1885 zurückbezogen werde, ohne indeß diesen Zeitpunkt zu begründen. Es kann in der That nicht eingesehen werden, weßhalb die Inventaraufnahme mit Bezug auf irgend einen vergangenen Zeitpunkt geschehen sollte, vielmehr würde dies der Natur der Sache widersprechen. Anderseits kann sich freilich der Widerbeklagte nicht darauf berufen, daß nach Art. 13 des Vertrages das Inventar auf den 1. Juli zu errichten sei; denn diese Bestimmung sieht hier eben offenbar nur den Fall einer Aufkündigung des Vertrages vor, während die Folgen der gerichtlichen Aufhebung zu bestimmen sind. Als das Wesentliche der vertraglichen Vereinbarung erscheint nun, daß die Zahlung des Aktivsaldos an den ausscheidenden Gesellschafter in 6 Monaten nach der Inventaraufnahme zu geschehen habe, diese aber hat gemäß der Natur der Sache in dem Zeitpunkt der Auflösung zu erfolgen, weil dieser für die Betheiligung des austretenden Associés an Aktiven und Passiven maßgebend ist, aus Zweckmäßigkeit ist aber hiefür statt des heutigen Tages, da dieser dem Monatsschluß so nahe ist, dieser letztere, bezw. der 1. Dezember vor. Jahres zu substituiren.

7. Bei Gutheißung der Widerklage verliert die Hauptklage offenbar an Bedeutung. Wie der Kläger selbst vorträgt, ist für deren Beurtheilung entscheidend, ob der Beklagte am 9. oder 10. Januar ds. Js. die Summe von Fr. 2500, die er sich mittelst eines von ihm persönlich unterzeichneten Eigenwechsels verschaffte und in die Geschäftskasse legte, der Firma als Vorschuß hingegeben habe, oder, wie der Kläger behauptet, zur Tilgung seiner durch Vorbezüge entstandenen persönlichen Schuld an die Firma. Im letzteren Falle wurde der Beklagte, indem er sich aus dem Vermögen der Firma unterm 15. April durch Ausstellung des Namens der Firma unterzeichneten zweiten Wechsels die eingeklagte Summe verschaffte, Schuldner derselben; anders, wenn er sich auf diesem Wege nur für sein Darleihen an die Firma bezahlt machte. Für die Beurtheilung des thatsächlichen Sachverhaltes ist von Bedeutung, daß den Kläger für die von ihm behauptete Darstellung, als den Klagegrund, die Beweislast trifft. Nun steht allerdings fest, daß der Beklagte zur kritischen Zeit Schuldner der Geschäftskasse war, nicht dagegen der genaue Betrag der Schuld. Wenn die Thatsache eines Schuldverhältnisses vorerst eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür herstellt, daß jene Geldbeschaffung zur Tilgung desselben geschehen sei, und der Kläger dieß heute bei persönlicher Befragung als den Inhalt einer damaligen ausdrücklichen Verabredung hinzustellen sucht, so stehen dem doch wieder viel gewichtigere Gegenargumente gegenüber. Bezüglich der Erklärung des Klägers muß bemerkt werden, daß der Beklagte dieselbe als unwahr bezeichnet und in Folge dessen verschwindet ihre Beweiskraft, da beide Parteien vor dem Richter gleichen Glauben verdienen. Uebrigens erwecken die Angaben des Klägers nicht den Eindruck völliger Bestimmtheit, dieselben lassen ferner durchblicken, daß die Situation am 9. Januar eine schwierige war, insbesondere schien die Bemerkung, daß das Geld auch z. B. bei „J. G. Körner“ hätte beschafft werden können, etwas ausweichend. Auffällig ist auch, warum bei Vorhandensein anderer Hülfsmittel bis hart zum Verfall der verhältnißmäßig bedeutenden Verbindlichkeiten gewartet worden wäre. Dieses Zuwarten bis zum letzten Termin spricht wiederum für die Hingabe der

Fr. 2500 als Vorschuß; denn das Vorhandensein des Debits des Beklagten war dem Kläger, der die Kasse unter sich hatte und die Bücher führte, unzweifelhaft schon vorher bekannt; wäre nun sein Wille gewesen, den Associè zur Deckung seiner Vorbezüge anzuhalten, so würde er damit kaum bis zum letzten Tage gewartet haben, wo es denn doch wohl ungewiß war, ob die Rückzahlung sofort erhältlich sein werde. Es ist überhaupt nicht wahrscheinlich, daß dem Beklagten größere Bezüge, als ihm eigentlich zugestanden, in der Meinung gestattet wurden, daß er sofort wieder zurückzahle, sondern natürlicher, daß sie ihm auf Abrechnung beim Jahresschluß gegeben wurden, dies ist daher im Zweifel als verstanden zu betrachten. Diese Auffassung wird ferner dadurch unterstützt, daß Kläger, wie verschiedene Briefe desselben zeigen, der Meinung war, Beklagter dürfe auch die laufenden Zinsen seines vollen Einlagekapitals fortwährend beziehen, und um so mehr gewinnt dieselbe endlich an Wahrscheinlichkeit, als der Kläger selbst, wie aus dem Kassabuch hervorgeht, noch am 18. Dezember dem Beklagten ca. Fr. 470, ferner am 6. Januar Fr. 145 und auch seither wiederholt Beträge aus der Gesellschaftskasse verabfolgte, was Alles doch wohl nicht geschehen wäre, wenn erbeabsichtigt hätte, den Beklagten demnächst zur Ausgleichung seiner Rechnung anzuhalten. Jedenfalls kann unter diesen Verhältnissen von der Herstellung des dem Kläger obliegenden Beweises nicht die Rede sein und demnach ist die Klage abzuweisen.

8. Der Beklagte siegt demnach sowohl mit der Bestreitung der Klage, als auch mit seiner Widerklage, bei letzterer wenigstens im wesentlichen, ob. Dem gegenüber fällt aber zu seinen Ungunsten ins Gewicht, daß die moralische Schuld an der Auflösung der Gesellschaft wesentlich ihn trifft, und es hat dies solche Bedeutung, daß ihm nicht nur die Prozeßentschädigung zu verweigern, sondern zudem die Hälfe der Gerichtskosten aufzulegen ist.

Schluss:

1. Die Hauptklage ist abgewiesen.
2. Die Widerklage wird gutgeheißen. Der Beklagte und Widerkläger ist berechtigt, sofort dls Antheilhaber der Firma Titus Dürr & Cie. in Zürich zurückzutreten unter Vormerk am Handelsregister. Der Kläger und Widerbeklagte ist verpflichtet, zu einem auf den 1. Dezember 1885 im Sinne des Gesellschaftsvertrages unter direkter Mitwirkung der Parteien oder von denselben bezeichneter Sachverständiger anzufertigenden Inventar Hand zu bieten. Der Kläger und Widerbeklagte ist verpflichtet, das dem Beklagten und Widerkläger laut Gesellschaftsvertrag gestützt auf Inventar und Bilanz zustehende Guthaben an die Firma Titus Dürr & Cie. auf 1. Juni 1886 nebst Zins à 5% vom 1. Dezember 1885 an zu bezahlen und inzwischen genügend zu versichern.
3. Die Staatsgebühr wird auf 300 Fr. festgesetzt.
4. Die Kosten sind den Parteien zu gleichen Theilen aufgelegt.
5. Mittheilung.

Anmerkung der Redaktion. Wir können die Richtigkeit des Grundsatzes nicht anerkennen, daß das vertragswidrige Verhalten eines Gesellschafters **für diesen** selbst einen Rechtstitel begründen könne, aus dem ihm die Befugniß erwachse, sofortige richterliche Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Das widerspricht so sehr allem Recht, daß man dem Gesetzgeber einen derartigen Gedanken ohne Noth nicht unterschieben darf. Die Ehe ist doch wohl gewiß eine viel wichtigere Gemeinschaft als eine derartige Gesellschaft und das gegenseitige persönliche Vertrauen bei ihr noch mehr erforderlich für den gedeihlichen Bestand des Verhältnisses als bei der Letzteren, und doch steht die Praxis schon längst fest, daß ein Ehegatte, welcher die Zerrüttung des ehelichen Lebens selbst verschuldet hat, lediglich auf Grund dieser Zerrüttung gegen den Willen des andern niemals Auflösung der Ehe durch Scheidung verlangen kann; um so weniger kann demnach gewiß ein derartiges Recht dem schuldigen Gesellschafter gegeben werden. Es ist wohl auch etwas Eigenthümliches, wenn man sagt, ein Gesellschafter hat zwar einen **Rechtsanspruch** auf Auflösung, allein die Geltendmachung dieses *Rechtes* begründet für ihn gleichzeitig die Verpflichtung, dem anderen Gesellschafter das Interesse zu ersetzen, welches er am vertraglich vorgesehenen Fortbestand der Gesellschaft hat. Wir haben keine Zeit, die Sache weiter auszuführen und um so weniger Veranlassung dazu, als der Proceß an das Bundesgericht gezogen wurde und die Entscheidung dieses Gerichlshofes maßgebend sein wird.

Druck von E. EPPRECHT in Affoltern a. A.

1. Febr. 1886. V. Band. № 2.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Mark.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Pfg. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

der

Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

vom 26. Dezember 1885
in Sachen
der *Schweiz. Nordostbahngesellschaft* in Zürich, Beklagte und Appellantin,
gegen
die *Gesellschaft für Begründung einer rechtsufrigen Zürichsee-Eisenbahn*, Beklagte und Appellatin,
betr. Dividendenauszahlung *(pro 1884)*.

Zeitliche Rechtsanwendung. Streit über Natur und Inhalt des Bundesgesetzes über das Rechnungswesen der Eisenbahn-Gesellschaften.

Streitfrage:

Ist die Beklagte berechtigt, aus den Betriebseinnahmen des Jahres 1884 Dividenden an ihre Actionäre auszubezahlen oder ihnen Dividenden in der Weise gutzuschreiben, daß ihnen schon gegenwärtig wirkliche Forderungsrechte entstehen?

Thatsächliches.

A. Nachdem zwischen den Parteien am 16. Januar 1878 der bekannte Moratoriumsvertrag definitiv zum Abschluß gelangt war, wurden von der Nordostbahn für die Jahre 1878 und 1879 keine Dividenden ausbezahlt, dagegen beschloss die Generalversammlung der Actionäre im Sommer 1881, den Prioritäts-Actionären aus dem Reingewinn pro 1880 eine Dividende von 5,78 % auszurichten. Durch zweitinstanzliches Urtheil vom 19. Juni 1883 (siehe No. 12 dieser Blätter vom Jahrgang 1883) wurde indeß der Beklagten die Ausrichtung dieser Dividende untersagt, weil in dem bezüglichen Dividendenauszahlungs-Beschluß eine Einleitung der Nordostbahn dazu liege, sich der der Klägerin gegenüber eingegangenen Bauverpflichtung widerrechtlich zu entziehen, die Letztere deßhalb gemäß § 989 des privatrechtlichen Gesetzbuches befugt sei, auf Sicherheitsmaßregeln anzutragen und sich das von ihr verlangte Verbot einer Dividendenauszahlung als durchaus wirksame Maßregel zur Sicherung ihres Gläubigerrechtes darstelle.

B. Schon am 29. Juni 1882 hatte die Generalversammlung der Beklagten auch die Auszahlung einer Dividende aus dem Reingewinne des Jahres 1881 beschlossen, allein

durch Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. Juli 1884 wurde auf die Beschwerde der Klägerin hin erkannt, daß ihr auch für dieses Jahr verboten sei, sowohl eine Dividende auszuzahlen, als den Aktionären gutzuschreiben in einer Weise, daß für dieselben schon jetzt wirkliche Forderungsrechte entstehen. Dieses Urtheil fußt auf den gleichen Erwägungen, welche dem zweitinstanzlichen Urtheil über die 1880er Dividende zu Grunde liegen, d. h. die Gutheissung der Klage erfolgte wiederum auf Grund des § 989 des privatrechtlichen Gesetzbuches. Zweitinstanzlich wurde zwar dieses Urtheil am 30. Dez. 1884 bestätigt, allein nicht gestützt auf den § 989 des privatrechtlichen Gesetzbuches, sondern weil das Gericht davon ausging, daß das Jahr 1881 bei richtiger Bilanzirung in Wirklichkeit gar keinen Reingewinn ertragen habe, die beschlossene Dividende somit dem Grundkapital entnommen würde und Klägerin als Creditorin der Beklagten sich dieser Entnahme aus dem Grundkapital widersetzen könne.

C. Am 29. Juni 1883 beschloß die Generalversammlung der beklagten Gesellschaft, vom Reinertrage des Jahres 1882 Fr. 660,000 als Jahresdividende zu 6 % den Prioritätsaktien gutzuschreiben, allein die Klägerin verlangte wiederum, daß ihr dieß untersagt werde und auch diese Klage wurde ersinstanzlich durch Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. September 1884 gutgeheißen, wiederum gestützt auf die Erwägung, daß die Realisirung des Gläubigerrechts der Klägerin durch den angefochtenen Dividendenbeschluß resp. dessen Ausführung gefährdet werde, Letztere deßhalb befugt sei, auf Sicherheits-Maßregeln anzutragen und als zulässige, einzig mögliche und auch wirksame Maßregel die erscheine, dem genannten Beschluß jeden Effect zu nehmen, was dadurch erreicht werde, daß das Gericht der Beklagten sowohl die Auszahlung als auch die Gutschrift einer Dividende untersage. Indeß leitete das Bezirksgericht dieß Mal das Recht der Klägerin, wegen Gefährdung ihres Gläubigerrechtes auf Sicherheitsmaßregeln anzutragen, nicht aus dem § 989 des privatrechtlichen Gesetzbuches, sondern aus dem Art. 172 des schweiz. Oblig.-R. ab und rechtfertigte die Anwendbarkeit dieser Gesetzesstelle damit, daß sich die Klage auf die der Erfüllung des klägerischen Gläubigerrechtes drohende Gefahr stütze, diese Gefahr durch den im Jahre 1883, also seit dem Inkrafttreten des Schweiz. Oblig.-R. gefaßten Dividendenbeschluß herbeigeführt worden sei, und somit die Frage, ob solche ein Einspracherecht der Klägerin begründe, auch nach dem Obl.-R. beurtheilt werden müsse, der Art. 172 dieses Gesetzes aber den allgemeinen, materiell rechtlichen Grundsatz ausspreche, daß der Gläubiger bei jeder Gefährdung seines Rechtes Sicherheitsmaßregeln verlangen könne, deren Auswahl im einzelnen Fall dem Richter freistehe, ohne daß er an die vom Prozeßgesetz genannten Maßregeln gebunden sei und ohne daß der Nachweis oder auch nur die Bescheinigung einer auf Gefährdung des Gläubigerrechtes gerichteten Absicht gefordert werde. Die zweite Intanz nahm an, daß hier der Art. 172 des Schw. O.-R. mit Unrecht herbeigezogen worden sei, dagegen die Klagebegründung aus dem Gesichtspunkte der Gefährdung des Gläubigerrechtes nach wie vor auf den § 989 des privatrechtlichen Gesetzbuches gestützt werden könne, weil derselbe durch das Schweiz. Oblig.-R. nicht aufgehoben worden sei und eventuell sich das Recht des Gläubigers auf Sicherstellung gegenüber einer drohenden Gefahr juristisch als ein Ausfluß seines Forderungsrechtes darstelle, folglich gleichzeitig mit diesem selbst erworben und als wohlerworbenes Recht durch die neue Gesetzgebung nicht beeinträchtigt worden sei, weil derselben laut Art. 882 rückwirkende Kraft nicht zukomme. Das Gericht fand dann aber weiter, daß die Voraussetzungen des § 989 des Pr. G.-B. in diesem Falle ebensowenig zutreffen, als im Prozeße betreffend die 1881er Dividende, und somit die Klage *auf Grund dieser Gesetzesbestimmung* nicht gutgeheißen werden könne. Dagegen erklärte es dieselbe für begründet und bestätigte deßhalb das bezirksgerichtliche Urtheil wiederum von dem Gesichtspunkte aus, daß auch das Jahr 1882 bei richtiger Bilanzirung in Wirklichkeit gar keinen Reingewinn ergeben habe, die be-

schlossene Dividende vielmehr aus dem Grundkapital entnommen würde und Klägerin als Creditorin der Beklagten sich dieser Entnahme aus dem Grundkapital widersetzen könne. (Siehe dieses Urtheil d. d. 30. Dez. 1884 in Nr. 1 dieser Blätter vom Jahrgang 1885).

D. Für das Rechnungsjahr 1883 ergab sich nach den Berechnungen der beklagtischen Gesellschaftsorgane ein Reinertrag von Fr. 2,288,242. 35. Davon beschloß die Generalversammlung vom 30. Juni 1884, Fr. 660,000 als 6% Jahresdividende den Prioritätsactionären gutzuschreiben. Die Klägerin lehnte sich auch gegen diesen Beschluß auf und begründete ihre auf Verhängung eines 4. Dividendenverbotes gerichtete Klage neuerdings von dem doppelten Gesichtspunkte aus, daß die Ausführung des Dividendenvertheilungsbeschlusses eine Gefährdung ihrer Gläubigerrechte involvire und sie deßhalb sowohl nach § 989 des privatrechtlichen Gesetzbuches, als auch nach Art. 172 des Schweiz. Obligationenrechtes zur Einsprache dagegen befugt sei, als daß ihr das Einspracherecht auch im Ferneren deßhalb zustehe, weil das Geschäftsjahr 1883 wie die früheren bei richtiger Bilanzirung einen Reinertrag nicht zeige, die Dividende deßhalb dem Grundkapital entnommen werde und Klägerin sich dieser Entnahme widersetzen könne, so lange die Beklagte ihre Bauverpflichtung nicht erfüllt habe. Allerdings sei mit dem 15. April 1884 das Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften vom 21. Dezember 1883 in Kraft getreten und auf Grund dieses Gesetzes unterm 8. April 1885 zwischen dem schweizerischen Eisenbahndepartement und der Nordostbahn ein Uebereinkommen darüber getroffen worden, wie die Letztere in Zukunft bilanziren müsse, allein die Bilanz für das Rechnungsjahr 1883 entspreche weder den Grundsätzen des genannten Gesetzes, noch den Bestimmungen des citirten Uebereinkommens und übrigens würde eine bezügliche Uebereinstimmung deren Anfechtbarkeit auch gar nicht ausschließen, weil das Rechnungsgesetz und damit auch jene Uebereinkunft schon zeitlich, eventuell aber auch aus dem weiteren Grunde auf die Bilanz pro 1883 keine Anwendung finden, weil jenes Gesetz nur den Charakter eines Verwaltungsgesetzes habe, dagegen keinerlei Vorschriften des Civilrechtes enthalte und deßhalb das den Gläubigern der Actiengesellschaften zustehende Privatrecht zur Einsprache gegen die Vertheilung von Reingewinnen, wenn letztere nicht nach den Grundsätzen des maßgebenden Civilrechtes ausgerechnet seien, nicht beeinträchtigen könne. Das für die Bilanzirung pro 1883 maßgebende Civilrecht sei das privatrechtliche Gesetzbuch des Kantons Zürich und soweit dieses nicht ausreiche, das allgemeine Handelsrecht, beziehungsweise dessen Grundsätze über Bilanzen von Actiengesellschaften und eventuell das schweizer. Obligationenrecht. Die Bilanz pro 1883 entspreche weder den Vorschriften des einen, noch des anderen dieser beiden Rechte und könne deßhalb nicht die Grundlage für die Berechnung des Reingewinnes bilden. Diese Behauptung werde gerade bewiesen durch das Uebereinkommen mit dem schweizerischen Eisenbahndepartement, zumal dieses feststelle, daß die Bilanz pro 1883 noch 25 Millionen fictive Aktiven enthalte.

E. Das Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften vom 21. Dezember 1883, in Kraft getreten mit dem 15. April 1884, lautet:

Art. 1. Die Rechnungen und Bilanzen sämmtlicher Eisenbahngesellschaften, welche ihren Gesellschaftssitz in der Schweiz haben, sind nach den Vorschriften des Obligationenrechtes aufzustellen, soweit das vorliegende Gesetz nicht besondere, davon abweichende Bestimmungen enthält.

Art. 2. Unter den Aktiven der Bilanz einer Eisenbahngesellschaft dürfen alle Kosten verrechnet werden, welche für den Bau oder den Erwerb der Bahn und die Beschaffung des Betriebsmaterials verwendet worden sind.

Wird eine Bahn durch Vertrag von einer andern Gesellschaft um einen Preis erworben, welcher geringer ist, als der bisherige Bilanzwerth, so darf der neue Bilanzwerth nicht mehr als der Kaufpreis betragen; ist hingegen der Kaufpreis höher, so darf der Ansatz der alten Bilanz nicht überschritten werden.

Organisations-, Verwaltungskosten und

Zinse, welche während des Baues einer Bahn im Interesse der Erstellung und der Einrichtung derselben erlaufen sind, werden den Anlagekosten gleichgehalten. Unter jene dürfen aber Geldbeschaffungskosten nicht gerechnet werden.

Art. 3. Nach Eröffnung des Betriebes dürfen die Kosten für Ergänzungen und Neuanlagen oder für Anschaffung von Betriebsmaterial den Aktiven der Bilanz nur beigefügt werden, wenn dadurch eine Vermehrung oder wesentliche Verbesserung der bestehenden Anlagen im Interesse des Betriebes erzielt wird.

Die Unterhaltung der bestehenden und der Ersatz abgegangener Anlagen und Einrichtungen sind aus den jährlichen Einnahmen oder allfällig für diese Zwecke bestehenden besonderen Fonds zu bestreiten. Immerhin können die Gesellschaften mit Bewilligung des Bundesrathes Kosten, welche einen ausnahmsweisen Charakter haben, auf mehrere Jahre vertheilen.

Die Einlagen in die Reserve- und Erneuerungsfonds sind aus den Einnahmeüberschüssen zu bestreiten und es ist deren Betrag in den Statuten festzusetzen.

Art. 4. Die Posten, welche nach Vorschrift von Art. 2 aus der Bilanz entfernt werden müssen, sind aus den jährlichen Einnahmeüberschüssen zu ersetzen.

Der Bundesrath wird nach Einholung eines Amortisationsplanes der Gesellschaft die zu ersetzende Gesammtsumme festsetzen und bestimmen, in welcher Frist und in welchen Beträgen der Ersatz zu geschehen hat.

Die Kursverluste auf noch nicht zurückbezahlten Anleihen sind während der Anleihensdauer zu ersetzen, wobei auf die bereits abgelaufene Zeit Rücksicht zu nehmen ist. Für die übrigen Posten werden die Fristen durch den Bundesrath festgesetzt.

Die Amortisation der bisherigen Emissionsverluste auf Aktien wird nicht vorgeschrieben.

Art. 5. Die jährlichen Rechnungen und Bilanzen sind vor der Generalversammlung der Actionäre dem Bundesrathe vorzulegen, welcher zu prüfen hat, ob sie mit den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes und den Statuten der Gesellschaft in Uebereinstimmung stehen. Zu diesem Zwecke kann der Bundesrath von der gesammten Geschäftsführung der Gesellschaften Einsicht nehmen und alle sonst nöthigen Erhebungen machen.

Wenn der Bundesrath findet, daß eine Bilanz mit den Bestimmungen des Gesetzes nicht in Uebereinstimmung steht, und wenn die Gesellschaft die von ihm verlangten Abänderungen oder die von demselben auf Grund von Art. 4 getroffenen Anordnungen nicht anerkennt, so kann der Bundesrath binnen 30 Tagen nach der Mittheilung der Schlußnahme der Generalversammlung die Streitfrage an das Bundesgericht bringen, welches endgültig entscheiden wird.

Die erhobenen Einsprachen sind nach dem für die staatsrechtlichen Streitigkeiten vorgeschriebenen Verfahren zu behandeln.

Jede Dividendenzahlung unterbleibt bis nach Ablauf der oben angesetzten Frist von 30 Tagen und falls Beschwerde eingelegt würde, bis zum Entscheide des Bundesgerichtes.

Art. 6. In Abweichung von den Vorschriften des Obligationenrechtes bleiben die Rechte, welche dem Bunde und den Kantonen in Betreff der Stimmberechtigung und der Verwaltung gegenüber einzelnen Eisenbahngesellschaften zur Zeit zustehen, gewahrt und es haben auch in Zukunft die Bundesbehörden die Befugniß, derartige Verhältnisse durch die Concessionen oder bei der Prüfung der Statuten oder der Verträge zu ordnen oder zu genehmigen.

Uebergangsbestimmungen:

1. Der Bundesrath wird unmittelbar nach Inkrafttreten dieses Gesetzes mit den Verwaltungen der Bahngesellschaften in Unterhandlung treten, um auf dem Wege gütlicher Verständigung den Gesammtbetrag der Kosten zu ermitteln, welche nach Art. 2 unter den Activen der Bilanz verrechnet werden dürfen.

2. Kann die im vorhergehenden Artikel vorgesehene Verständigung nicht erzielt werden, so trifft das Bundesgericht gemäß den Vorschriften des Obligationenrechtes und des vorliegenden Gesetzes die Entscheidung.

3. Die Bestimmungen der Concessionen über die schiedsgerichtliche Feststellung der An-

lagekosten im Falle des Rückkaufes bleiben gewahrt.

4. Die Statuten der Bahngesellschaften sind bis 1. Januar 1885 mit den Vorschriften dieses Gesetzes in Uebereinstimmung zu bringen. Auf diesen Zeitpunkt werden auch die Bestimmungen des Obligationenrechtes betreffend die Verantwortlichkeit (Art. 671 bis 675) für die Eisenbahngesellschaften anwendbar.

F. Die erwähnte, in Anwendung von Ziff. 1 der Uebergangsbestimmungen des vorstehenden Gesetzes zwischen dem schweiz. Eisenbahndepartement und der Nordostbahn unterm 8. April 1885 zu Stande gekommene und am 14. gl. Mts. bundesräthlich genehmigte gütliche Uebereinkunft zählt zunächst die sämmtlichen in den Activen der *Bilanz pro 1883* stehenden Conti auf, welche Gegenstand der Verhandlungen gewesen waren, und bestimmt sodann unter Anderem Folgendes:

Art. 2. Die Verwaltung der Nordostbahn anerkennt die im Art. 2 des Rechnungsgesetzes begründete Verpflichtung:

I. Fr. 696,467. 45 Emissions-Verluste auf dem Actienkapital aus dem Bauconto auszuscheiden.

II. Die nachstehenden weitern Posten im Gesammtbetrage von 25 Mill. gemäß Art. 4 aus den Activen der Bilanz zu entfernen.

a) Fr. 2,927,648.76 Verwendungen, mit welchen der Bauconto des Stammnetzes und derRollmaterial-Conto belastet sind.

b) Fr. 3,253,837.27 als Betrag der auf die zurückgestellten Linien gemachten Verwendungen.

c) Fr. 503,926.78 aus dem Conto über die Betheiligung am Bötzberg-Unternehmen.

d) Fr. 302,532.79 aus dem Conto über die Betheiligung an der aargauischen Südbahn.

e) Fr. 4,260,000.— Betrag der Gotthardsubvention, — und endlich

f) Fr. 13,752,054.40 Kursverluste auf dem 160 Millionen-Anleihen.

Fr. 25,000,000.— wie oben.

Art. 3. In Bezug auf die in Art. 2, Ziffer II, lit. b aufgeführte Summe von Fr. 3,253.837. 27 wird für den Fall, daß die Nordostbahn die im Bundesbeschlusse vom 14. Februar 1878 bezeichneten Linien oder einzelne derselben zur Ausführung bringt, eine Verständigung und wenn nöthig der bundesgerichtliche Entscheid über die Frage vorbehalten, mit welchem Betrag der bisherigen Verwendungen der Bauconto wieder belastet werden soll.

Art. 4. In Anwendung des letzten Absatzes von Art. 4 des Gesetzes vom 21. Dez. 1883 wird bestimmt, daß die gemäß Art. 2, Ziff. I dieses Protokolls aus dem Bauconto zu stellenden Emissionsverluste auf dem Actienkapital (Fr. 696,467.45) in den künftigen Bilanzen unter der Rubrik „Emissionsverluste auf den Aktien" eingetragen werden.

Die in Art. 2 unter Ziffer II aufgeführten Posten sind in nachstehender Weise zu amortisiren:

Nach Art. 4 des Gesetzes hat die Nordostbahn für die Amortisation der Kursverluste im Betrage von 13,752,054. 40 eine nach der Anleihensdauer bemessene Frist von 74 Jahren zu beanspruchen und die nach derselben Gesetzesbestimmung für die Tilgung der weitern Fr. 11,247,945. 60 von dem Bundesrath zu bestimmende Frist beläuft sich nach dem allgemein angenommenen Maßstab auf 16 bis 17 Jahre. *Im Hinblick auf die Verpflichtungen der Nordostbahn zum Bau und Betrieb der in Art. 3 dieses Vertrages erwähnten Linien* ist aber die Amortisation zu beschleunigen und es wird daher die Dauer derselben für die Gesammtsumme von 25 Millionen Franken hiemit auf 24 Jahre festgesetzt.

Die Nordostbahn verpflichtet sich, während dieser Zeit und zwar zum ersten Mal auf Rechnung des Jahres 1884 aus den Betriebseinnahmen die Summe von 1,040,000 Fr. oder nach ihrer Wahl 600,000 Fr. mit Zuschlag von 4,5 % der jeweiligen Summe der vorangegangenen Jahreszahlungen zur Abzahlung an ihre Obligationenschuld oder zur Bildung eines entsprechenden Amortisationsfonds zu verwenden.

Wenn im Verlaufe der *mit 1. Januar*

1884 beginnenden Amortisationsfrist bei Feststellung der Jahresrechnungen sich neu zu amortisirende Posten ergeben, so werden die Beträge dieser Posten der obigen Summe von 25 Millionen Franken beigefügt und nebst der letztern mittelst Fortsetzung der hier vereinbarten jährlichen Amortisationsleistungen über die 24 Jahre hinaus abgeschrieben.

In gleicher Weise verlängert sich die Amortisation, falls die Nordostbahn in einzelnen Jahren mit ihren Amortisationsleistungen im Rückstand bleiben sollte.

G. Das Bezirksgericht Zürich hieß die Klage mit Urtheil vom 25. September 1885 gut, indem es erklärte, die Beklagte sei *nicht* berechtigt, aus den Betriebseinnahmen des Jahres 1883 Dividenden an ihre Actionäre auszubezahlen oder ihnen solche in der Weise gutzuschreiben, daß ihnen schon gegenwärtig wirkliche Forderungsrechte entstehen. Das Gericht anerkennt nunmehr, daß die Frage, ob der Klägerin ein Einspracherecht aus dem Gesichtspunkte der Gefährdung des Gläubigerrechtes zustehe, nicht nach dem schweizerischen Obligationenrecht (Art. 172), sondern nach dem privatrechtlichen Gesetzbuch (§ 989) beurtheilt werden müsse, kommt dann aber dazu, das Vorhandensein der Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle wiederum als gegeben anzunehmen, obgleich die 2. Instanz schon bezüglich der 1881er und 1882er Dividenden die gegentheilige Ansicht ausgesprochen hatte. Das Urtheil bleibt indeß nicht dabei stehen, die Begründetheit der Klage von diesem Gesichtspunkte aus auszusprechen, sondern es schützt den Klaganspruch auch deßwegen, weil bei richtiger Bilanzirung ein Reingewinn gar nicht vorhanden sei, die Dividende daher dem Grundkapital entnommen würde und die Klägerin sich dieser Entnahme widersetzen könne, so lange Beklagte die ihr gegenüber eingegangene Bauverpflichtung nicht erfüllt habe. Die Uebereinkunft mit dem Bundesrath beweise, daß die 1883er Bilanz noch 25 Millionen fictiver Activen enthalte, und damit sei die Entnahme der beschlossenen Dividende aus dem Actienkapital festgestellt. Wenn der Bundesrath, von der ihm durch das Rechnungsgesetz eingeräumten Befugniß Gebrauch machend, der Beklagten eine Frist von 24 Jahren zur Rectifizirung ihrer Bilanz eingeräumt habe, so werde dadurch die Bilanz noch nicht zu einer solchen, wie sie von der Klägerin gefordert werden könne, denn das Rechnungsgesetz finde auf die Bilanz des Jahres 1883 aus zwei Gründen keine Anwendung, erstens, weil dasselbe erst mit dem 15. April 1884 in Kraft getreten sei, und sodann, weil es lediglich den Charakter eines Verwaltungsgesetzes habe, dagegen keinerlei Vorschriften des Civilrechts enthalte, währenddem die Klägerin ein Recht auf eine den Grundsätzen des letztern entsprechende Bilanz habe. Die Bilanz pro 1883 entspreche weder den Vorschriften des zürcherischen Rechtes, noch denjenigen des allgemeinen Handelsrechtes, noch endlich den Bilanzirungsgrundsätzen des Schw. Obligationenrechtes, und müsse deßhalb von der Klägerin nicht als Grundlage für die Berechnung des Reingewinnes anerkannt werden.

H. Für das Rechnungsjahr 1884 ergab sich nach den Berechnungen der beklagtischen Gesellschaftsorgane ein Reingewinn von 864,522 Fr. 64, einschließlich Fr. 154,434. 33 Rp. Saldo vom Vorjahre 1883, und es beschloß die Generalversammlung der Actionäre unterm 26. Juni 1885 neuerdings, von diesem Reinertrag Fr. 660,000 als 6 % Jahres-Dividende an die Prioritätsactionäre zu vertheilen, bezw. denselben gutzuschreiben. Die Bilanz, welche den genannten Reinertrag aufweist, entspricht den Bilanzirungsgrundsätzen des neuen Rechnungsgesetzes, bezw. der in Anwendung dieses Gesetzes zwischen der Beklagten und dem Bundesrath getroffenen Uebereinkunft. Unter den Activen erscheinen also allerdings auch die nach dieser Uebereinkunft zu amortisirenden Verwendungen von 25.000,000 Fr., zuzüglich der Kursverluste auf dem 160 Millionen-Anleihen *im Jahre 1884* von 866,000 Fr., *jedoch mit Abzug der Amortisationsquote von 1,040,000 Fr.*

J. Gleichwohl blieb die Einsprache der Klägerin auch gegen diesen Dividendenvertheilungsbeschluß nicht aus und sie wurde wie früher zunächst aus dem Gesichtspunkte

der Gefährdung des Gläubigerrechtes (§ 989 des Pr. G.-B. und eventuell Art. 172 des Schw. O.-R.) und sodann damit begründet, daß in Wirklichkeit ein Reinertrag nicht vorliege, also die Dividende dem Grundkapital entnommen werde und Klägerin sich dieß nicht gefallen lassen müsse. Im Verhältniß zur Klägerin stehe die Beklagte auch für das Jahr 1884 unter dem Bilanzirungsrecht des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches bezw. des allgemeinen Handelsrechtes, weil Jene ein wohlerworbenes Recht auf Anwendung derjenigen Bilanzirungsgrundsätze habe, die zur Zeit der Entstehung ihres Forderungsrechtes geltendes Recht gewesen seien. Eventuell müßte wenigstens nach den Grundsätzen des schweizerischen Obligationenrechtes bilanzirt werden, und auch dann ergebe sich kein Reingewinn. Von der Anwendung des Rechnungsgesetzes sei keine Rede, weil dieses die privatrechtlichen Beziehungen zwischen der Beklagten und dritten Personen völlig unberührt lasse, indem es lediglich öffentlich rechtlichen Interessen diene.

K. Für die Richtigkeit dieser letztern Ansicht, speciell dafür, daß das Rechnungsgesetz die Rechte der Moratoriumsgläubiger in keiner Weise habe berühren wollen, wurde klägerischerseits unter Anderm verwiesen:

1. Auf die Thatsache, daß die nationalräthliche Commission der Ablehnung des ihr vom Rathe zur Begutachtung übermittelten Antrages seines Mitgliedes Brennwald, es möchte dem Art. 5 des Gesetzes noch beigefügt werden: „Ebenso steht den Contrahenten der Baumoratoriumsverträge das Beschwerderecht bei dem Bundesgerichte zu, falls die verpflichtete Bahngesellschaft bei Anlaß der Jahresrechnung oder auch sonst Beschlüsse in Ausführung bringen will, welche dem Erstarken der Gesellschaft hinderlich sind" — die protokollarische Bemerkung beigefügt habe, es solle durch die Nichtaufnahme dieser Bestimmung in's Gesetz den Rechten der Moratoriumsinteressen keinerlei Eintrag geschehen.
2. Auf folgende Stelle im Berichte der ständeräthlichen Commission:

„Ein überaus wichtiges Moment ist im „Gesetzesentwurf nicht ausdrücklich normirt. Die Frage des Dividendenbezuges „bei Moratorien vor Erstellung weiterer „Linien, zu welcher der Gesellschaft „eine vertragliche Verpflichtung obliegt. „Wir haben nichts dagegen, wenn im „Interesse der Moral ein categorisches „Imperativ ins Gesetz aufgenommen wird. „Es scheint uns jedoch, daß durch das „Obligationenrecht *und durch die vor„würfige* Novelle die Situation eine „juridisch abgeklärte wird. Solche Ver„pflichtungen dürfen nicht in einer ma„teriellen Vermögensbilanz mit Still„schweigen übergangen werden, sie sind „eigentliche Schulden, Passivobligationen „der Gesellschaft, welche den Vermögens„bestand vermindern und so lange das „Gesammtvermögen mit dem Gesammt„sollen nicht im Gleichgewicht steht, so „lange darf und soll gemäß Art. 630 „des Obl.-R. *und der ganzen Anlage „unseres Gesetzes* von einem Reinge„winn nicht die Rede sein. Die Gerichte „werden das nicht als ein dem Zweck„vermögen zu entfremdendes Plus be„trachten, was nöthig ist, das gegebene „Wort einzulösen, — und

3. auf die Motivirung, mit welcher die nationalräthliche Commission den Antrag ihres Mitgliedes Dr. Ryf zurückwies. Dieser Antrag ging dahin, statt des gegenwärtigen Artikels 5 zu bestimmen:
   a) Die Jahresbilanz ist im Handels-Amtsblatt zu veröffentlichen.
   b) Jeder Actionär und jeder Gläubiger kann binnen 14 Tagen nach der Veröffentlichung auf dem Wege gerichtlicher Klage die Aufstellung einer Bilanz anfechten, welche den gesetzlichen Vorschriften nicht entspricht. — *(Unter diesen Vorschriften verstand der Antragsteller doch wohl zunächst diejenigen des Rechnungsgesetzes selbst. Die Redaktion.)*
   c) Ueberdieß kann jeder Actionär und Gläubiger auch nach Ablauf dieser Frist binnen 14 Tagen nach der

Beschlußfassung durch die Generalversammlung einen auf Vertheilung einer Dividende gerichteten Beschluß, soweit derselbe nicht die einfache Consequenz der veröffentlichten Bilanz ist, anfechten.

Die Commission erklärte, diesem Antrag ihre Zustimmung nicht ertheilen zu können und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, weil durch denselben der Zweck des gegenwärtigen Gesetzes: *„die Vertheidigung des öffentlichen Interesses"* gar nicht mit Bestimmtheit erreicht worden wäre.

L. Das Bezirksgericht Zürich trat auch dieß Mal den Anschauungen der Klägerin bei und erkannte deßhalb mit Urtheil vom 4. November 1885, daß die Beklagte *nicht* berechtigt sei, aus den Betriebseinnahmen des Jahres 1884 Dividenden an ihre Actionäre auszubezahlen oder ihnen Dividenden in der Weise gutzuschreiben, daß ihnen schon gegenwärtig wirkliche Forderungsrechte entstehen. Die Voraussetzungen des § 989 des privatrechtlichen Gesetzbuches, — wird ausgeführt, — treffen auch im vorliegenden Prozesse zu und ebenso läge in der Ausführung des Dividendenbeschlusses eine unzulässige Verminderung des Grundkapitals: In letzterer Beziehung habe der Erlaß des neuen Rechnungsgesetzes im Verhältnisse der Klägerin zur Beklagten keinerlei Aenderungen herbeigeführt, weil demselben nur öffentlich rechtlicher Charakter zukomme und die Anwendung der Bilanzirungsgrundsätze des Schweiz. Obligationenrechtes auf die Bilanz pro 1884 sei deßwegen ausgeschlossen, weil die Beklagte ihre Statuten für das Jahr 1884 dem neuen Rechte nicht angepaßt habe. (Art. 898 des Schweiz. Obl.-R.) Somit müsse eine Bilanz gefordert werden, welche dem zürcherischen Privatrecht beziehungsweise allgemeinen Handelsrecht entspreche und eine solche liege nicht vor, weil die in Frage stehende 1884er Bilanz noch ca. 25 Millionen fictive Activen enthalte. Streiche man diese, so sei von einem Reingewinn keine Rede mehr und werde somit die beschlossene Dividende dem Grundkapital entnommen, was sich die Klägerin nicht gefallen lassen müsse.

M. Wie die Beklagte gegen das Urtheil betreffend die Dividende pro 1883 appellirt hatte, so erklärte sie auch die Berufung gegen dieses Urtheil betreffend die Dividende pro 1884 und es stellte ihr Vertreter in der Appellationsverhandlung den Antrag auf Gutheissung der Appellation und Abweisung der auf Erlaß eines Dividendenverbotes gerichteten Klage, währenddem der Vertreter der Klägerin um Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils nachsuchte.

Entscheidungsgründe:

1. Um zu entscheiden, ob die Einsprache der Klägerin gegen die von der Beklagten beschlossene Dividendenausrichtung begründet sei, weil die Dividende dem Grundkapital entnommen werde, ist zuerst zu prüfen, unter welchem Rechte die Nordostbahngesellschaft steht bezüglich der Aufstellung der Bilanz für das Jahr 1884; denn wenn die hiebei befolgten Grundsätze im Rechte begründet sind, ist die Beklagte, abgesehen von andern Einsprachegründen und materiell richtige Bilanzirung vorausgesetzt, auch berechtigt, den sich nach dieser Bilanz ergebenden Reingewinn unter ihre Actionäre zu vertheilen, selbst wenn ihr Grundkapital noch nicht vollständig ergänzt sein sollte. (Art. 636 des Schweiz. Obl.-R. und Art. 217 des deutschen Handelsgesetzbuches.)

2. Dieses Recht ist das Gesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften und subsidiär das Schweiz. Obl.-R., nicht aber, wie die Klägerin und mit ihr die erste Instanz glauben, das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch.

3. Die Ansicht, daß die Gläubiger einer vor dem 1. Januar 1883 schon bestandenen Actiengesellschaft, welche zudem vor diesem Zeitpunkte Gläubiger geworden sind, ein wohlerworbenes Recht aus dem Obligationsverhältnisse darauf besitzen, daß die Bilanz, so lange sie Gläubiger bleiben, nach den Grundsätzen des im Zeitpunkte der Entstehung ihrer Forderung geltenden Rechts aufgestellt werde, welche Ansicht allein die Anwendung des zürcherischen Rechts im vorliegenden Falle rechtfertigen könnte, ist unhaltbar. Das Recht der Gläubiger, gegen die Entnahme einer Dividende aus dem Grundkapital zu

protestiren, ist zwar unzweifelhaft ein Ausfluß ihrer Gläubigereigenschaft, allein inhaltlich ist es dahin beschränkt, daß nur insoweit gegen jene Entnahme aus dem Grundkapital protestirt werden kann, als sich dieselbe nach dem Bilanzirungsrecht, welchem die Eisenbahngesellschaft *zur Zeit der beabsichtigten Entnahme aus dem Grundkapital* unterliegt, als unzulässig darstellt. Die Bilanzirungsgrundsätze einer Actiengesellschaft gehören nicht zu dem das Verhältniß derselben zu ihren Gläubigern regulirenden Vertragsrecht und deßhalb kann auch nicht von einem wohlerworbenen Recht der Letztern auf Beobachtung derjenigen Bilanzirungsgrundsätze gesprochen werden, welche im Momente der Entstehung ihres Gläubigerrechtes in Kraft waren. Jeder, der mit einer Aktiengesellschaft in ein obligatorisches Rechtsverhältniß tritt, unterwirft sich mit Bezug auf dieses Verhältniß von vornherein den jeweiligen Bilanzirungsgrundsätzen, denen seine Schuldnerin unterliegt. Dieß einzig ist die den Verhältnissen entsprechende Auffassung des Vertragswillens.

4. Die oben bezeichnete Theorie des wohlerworbenen Rechts würde auch dem Willen des eidg. Gesetzgebers widersprechen und zu Absurditäten führen.

Hätten die alten Gläubiger wirklich ein so weitgehendes Recht, so wären dadurch die Gesellschaften auch zur Bilanzirung nach dem alten Recht *verpflichtet* und Niemand könnte sie zwingen, diesen Verpflichtungen zuwider die Bilanz nach den Grundsätzen des neuen Gesetzes aufzustellen. Dieß hätte zur Folge, daß nicht nur die Bestimmung von Art. 656 des Schweiz. Obl.-R. bei vielen Actiengesellschaften noch lange auf ihre Anwendung warten müßte, sondern daß namentlich auch das Gesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften factisch gar nie zur Vollziehung gebracht werden könnte, da sämmtliche Eisenbahn-Gesellschaften der Schweiz schon vor dem 1. Januar 1883 entstanden sind und der eidg. Gesetzgeber hätte sich somit mit dem neuen Gesetze einfach lächerlich gemacht.

5. Sodann sagt Art. 898 des Schweiz. O.-R., *zweiter Theil,* daß mit dem 1. Januar 1888 auch für die schon vor dem 1. Januar 1883 bestandenen Actiengesellschaften *sämmtliche* Bestimmungen des Obligationenrechtes mit Bezug auf alle von da an geschlossenen Rechtsgeschäfte in Kraft treten. Wenn also das Recht auf richtige Bilanzirung den Inhalt hätte, daß die Actiengesellschaft gegenüber ihren Gläubigern verpflichtet wäre, ihre Bilanz nach den beim Abschluß des Rechtsgeschäfts geltenden Grundsätzen aufzustellen, so müßten die neuen Gläubiger ganz unzweifelhaft das Recht darauf besitzen, eine Bilanzirung nach den Grundsätzen des Schweiz. O.-R. zu verlangen und es würde dann dieser Anspruch mit dem Anspruch der alten Gläubiger collidiren. Man sage nicht, daß dieser Fall nie vorkommen werde, denn es handelt sich nicht bloß um den Gegensatz zwischen dem Schweiz. Obl.-R. und dem zürcherischen Privatrecht, obschon auch hier Unterschiede bestehen und beispielsweise der Grundsatz von Art. 656, Ziff. 1 des O.-R. (fünfjährige Amortisation gewisser Organisationskosten), im zürcherischen Rechte nicht anerkannt werden dürfte, sondern um den Gegensatz des Schweiz. O.-R. zu dem Rechte von 22 schweizerischen Kantonen. Und bezüglich des Gesetzes über das Rechnungswesen der Eisenbahnen kämen, wenn die dort in Art. 2—4 aufgestellten Bilanzirungsnormen privatrechtlicher Natur sind, was später zu untersuchen sein wird, selbstverständlich ganz die gleichen Grundsätze zur Anwendung, obschon dieses Gesetz aus begreiflichen Gründen keine ausdrückliche, dem zweiten Theil von Art. 898 des Obligationenrechts ähnliche Bestimmung enthält.

6. Gegen die Ansicht der Klägerin spricht auch Art. 898, *erster Theil,* des Obligationenrechtes. Sicherlich hätte der Gesetzgeber, wenn er davon ausgegangen wäre, daß bezüglich der Bilanzirungsgrundsätze wohlerworbene Rechte der alten Gläubiger auf die fortdauernde Anwendung des alten Rechts bestehen, davon etwas in diesem Artikel gesagt oder er hätte denselben zum Mindesten anders redigirt, denn bei der jetzigen Fassung desselben liegt es außerordentlich nahe, unter den Bestimmungen der Statuten, welche bis Ende 1887 unverändert fortbestehen dürfen, auch solche über die Bilanzirung zu ver-

stehen, zumal derartige Bestimmungen sich häufig in den Statuten finden. Geht man aber von dieser Voraussetzung aus, so ist man zu dem Schlusse genöthigt, daß bis spätestens den 31. Dezember 1887 solche Bestimmungen mit dem neuen Gesetze in Einklang zu bringen sind und von diesem Momente an daher die neuen Bestimmungen über Bilanzirung in Kraft treten.

7. Daß aber die durch Art. 898 des schw. Obl.-R. resp. Art. 4 der Uebergangsbestimmungen zum Gesetze über das Rechnungswesen geschaffenen Ausnahmen von der Anwendbarkeit des neuen Rechts in vorliegendem Falle nicht zutreffen, liegt auf der Hand; denn diese Bestimmungen schaffen nur Berechtigungen der Actiengesellschaften resp. Eisenbahngesellschaften. Diese sind dadurch nur berechtigt, keineswegs aber auch verpflichtet, die Anwendung des alten Rechts noch bis zu einem gewissen Zeitpunkt zu verlangen. Wenn sie vor diesem Zeitpunkt ihre Statuten abändern und mit dem neuen Gesetze in Einklang bringen, so fällt dieses Recht dahin und diesem Falle steht offenbar völlig gleich, wenn, wie dieß die Nordostbahngesellschaft bezüglich des Rechnungsgesetzes gethan hat, die Gesellschaft einfach erklärt, auf ein allfälliges Recht aus den Statuten zu verzichten und sich dem neuen Gesetze zu unterwerfen. Zudem steht nicht einmal fest, daß die früheren Statuten der Nordostbahn wirklich Bedingungen enthalten haben, welche mit den Bilanzirungsgrundsätzen des Gesetzes über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften im Widerspruch stehen.

8. Endlich kann für die Ansicht, daß die Bilanzirungsgrundsätze des Gesetzes über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften resp. des schw. Obligationenrechtes hier zur Anwendung kommen und die Theorie eines wohlerworbenen Rechtes der Klägerin auf Anwendung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches hinfällig ist, auch noch auf die Botschaft des Bundesrathes Act. 16, pag. 34, 35 und 36 und auf den Bericht der nationalräthlichen Commission, Act. 18, pag. 4 verwiesen werden, wo ebenfalls diese Ansicht, wenn auch nicht mit vollkommen hinreichender Motivirung, ihren Ausdruck gefunden hat. Umgekehrt enthalten weder diese beiden Botschaften, noch der Bericht der ständeräthlichen Commission, noch überhaupt die Berathungen des Gesetzes über das Rechnungswesen und das schweizer. Obligationenrecht irgend etwas zur Unterstützung der Theorie der wohlerworbenen Rechte bezüglich der Bilanzirungsgrundsätze.

9. Gegen die Anwendbarkeit des Gesetzes über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften wird sodann eventuell der weitere Einwand erhoben, daß dasselbe keine Vorschriften des Civilrechts enthalte und daher das den Gläubigern der Actiengesellschaften zustehende Privatrecht zur Einsprache gegen die Vertheilung von Reingewinnen, wenn letztere nicht nach den Grundsätzen des schweizer. Obligationenrechtes ausgerechnet seien, nicht beeinträchtigen könne. Durch das neue Gesetz, behauptet die Klägerin, habe allerdings der Bundesrath das Recht erworben, von den Eisenbahngesellschaften zu verlangen, daß sie ihre Bilanzen nach den darin enthaltenen Grundsätzen einrichten, allein dieses Recht sei rein öffentlich rechtlicher Natur und ihm nur deßhalb eingeräumt worden, weil erfahrungsgemäß die Actionäre und Gläubiger von dem ihnen zustehenden Privatrechte, eine Bilanzirung nach den strengen Grundsätzen anderer Rechte zu verlangen, noch nie Gebrauch gemacht haben, das öffentliche Interesse aber verlange, daß der frühere ungeordnete Zustand im Rechnungswesen der meisten Eisenbahngesellschaften nicht länger fortdaure. Nach dieser Ansicht wären also die Gläubiger nicht bloß berechtigt, nach wie vor Einsprachen gegen die Vertheilung von Dividenden wegen unrichtiger Bilanzirung zu erheben, sondern sie dürften auch verlangen, daß die Bilanzirung selbst nach den Grundsätzen des schweizer. Obligationenrechtes ohne Berücksichtigung der durch das neue Gesetz geschaffenen Abänderungen stattfinde, eventuell wenn die Bilanzirungsgrundsätze des neuen Gesetzes zur Anwendung gebracht werden müßten, wären sie wenigstens berechtigt, die Frage, ob dieß geschehen sei, materiell zu prüfen und nicht an die stattge-

undene Genehmigung des Bundesrathes gefunden.

10. Im vorliegenden Fall ist die wichtigste Frage, ob die Gläubiger, gesetzt, sie seien überhaupt noch zu einer Einsprache berechtigt, verlangen dürfen, daß die Bilanz einzig und allein nach den Grundsätzen des schweizerischen Obligationenrechtes aufgestellt werde ohne Rücksicht auf die davon verschiedenen Grundsätze des Gesetzes über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften, und zwar handelt es sich eigentlich einzig um Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des Bilanzirungsgrundsatzes von Art. 4, Absatz 2 des letztern Gesetzes, denn wenn dieser Grundsatz außer Acht zu bleiben hat, liegt vertheilbarer Reingewinn nicht vor, sondern ist der ganze Ueberschuß der Betriebseinnahmen zu Abschreibungen an dem verloren gegangenen Theile des Grundkapitals mit Ausnahme allerdings der Kursverluste, deren nur allmälige Amortisation nach Art. 656, Ziff. 7 des O.-R. zuläßig ist, zu verwenden. Gerade bezüglich dieser Frage muß nun aber die Ansicht der Klägerin auf das Entschiedenste verworfen werden.

11. Schon der Titel des Gesetzes über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften und die Art und Weise, wie derselbe zu Stande kam, zeigt, daß man es hier nicht mit einem bloßen Verwaltungsgesetze zu thun hat, sondern daß dasselbe wenigstens theilweise auch privatrechtlicher Natur ist. Ursprünglich beabsichtigte nämlich der Bundesrath, es anders zu betiteln, nämlich:

„Bundesgesetz *betreffend die Aufsicht*
„über das Rechnungswesen der Eisenbahn-
Gesellschaften."

Aus welchen Gründen dann dem jetzigen Titel der Vorzug gegeben wurde, sagt uns der Bericht der nationalräthlichen Commission vom 26. October 1883 (Act 18, pag. 5) mit folgenden Worten:

„Bereits die Ueberschrift des Gesetzes ist „verändert worden. Nach unserer Auffassung „soll dem Gesetz auch der Schein einer ge„hässigen Bevormundung und einer bureau„kratisch-polizeilichen Aufsicht genommen „werden; *das Gesetz soll ein solches der „Rechtsordnung sein, das zur Hauptsache „durch dasjenige vom 10./14. Juni 1881 „über das Obligationenrecht veranlasst „worden ist.* Auch halten wir dafür, daß „bei aller Aufsicht die eigene Thätigkeit der „gesetzlichen Verwaltungsorgane gegenüber „den Actionären und den Gläubigern nicht „ausgeschlossen sein soll. Diese Organe „haben eine eigene Verantwortlichkeit, die „ihnen durch dieses Gesetz nicht abgenom„men werden darf.

„*Die Auffassung des Gesetzes als zur „Rechtsordnung gehörig* hat in der Com„mission dem Antrage Raum gegeben, bei „den Erwägungen als dritte die einer Ergän„zung und Erweiterung des Titels im Obli„gationenrecht über die Actiengesellschaften „aufzunehmen. Da jedoch die Ergänzungen „nur die Eisenbahngesellschaften, andere ano„nyme Gesellschaften nicht betreffen und die „Erwähnung jener in Art. 1 der Dispositive „enthalten ist, so wurde für überflüssig ge„halten, in den Erwägungen etwas zu sagen. „Weil aber das Gesetz den Bau und Betrieb „der Eisenbahnen nur wenig betrifft, so „wurde vorgezogen, diese ebenfalls fallen zu „lassen und sich auf die übliche Eingangs„formel zu beschränken."

Damit ist so deutlich als nur möglich der Satz ausgesprochen, daß das Gesetz kein bloßes Verwaltungsgesetz, sondern in allererster Linie ein solches der Rechtsordnung, also ein civiles und zwar ein das schweiz. Obligationenrecht ergänzendes und erläuterndes Gesetz sein soll. Das Gleiche sagt übrigens Art. 1 des Gesetzes selbst, wenn auch in nicht so deutlicher Weise.

12. Prüfen wir den Inhalt desselben, so sehen wir, daß es in 3 verschiedene Theile zerfällt. Der erste Theil, umfassend die Art. 1 bis und mit 4, enthält die Vorschriften für Aufstellung der Rechnungen und Bilanzen der schweizerischen Eisenbahngesellschaften in systematisch geordneter Reihenfolge, nämlich in Art. 1 den allgemeinen Grundsatz, in Art. 2 die Bestimmungen über die bleibenden Bilanzwerthe, in Art. 3 diejenigen über die aus den jährlichen Einnahmen zu bestreitenden Ausgaben und endlich in Art. 4 die Amortisationsgrundsätze (vergleiche hierüber den Bericht der nationalräthlichen Com-

mission, pag. 6—8). Dieser erste Theil ist, wenn das Gesetz zunächst ein solches der Rechtsordnung sein soll, unzweifelhaft privatrechtlicher Natur. Oeffentlich rechtlicher Natur ist dagegen allerdings der in Art. 5 enthaltene II. Theil, womit dem Bundesrathe das Recht, über die Innehaltung dieser Bilanzirungsgrundsätze zu wachen, eingeräumt und zugleich das dießbezügliche Verfahren geregelt wird. Der in Art. 6 enthaltene III. Theil des Gesetzes fällt hier außer Betracht.

13. Unter die privatrechtlichen Grundsätze des Art. 4 ist nun auch die Bestimmung eingereiht, daß der Bundesrath nach Einholung eines Amortisationsplanes der Gesellschaft die zu ersetzende Gesammtsumme festzusetzen und zu bestimmen habe, in welcher Frist und in welchen Beträgen der Ersatz zu geschehen habe. Damit hat der Gesetzgeber seinen Willen kundgegeben, daß auch diese Bestimmung privatrechtlicher Natur sein solle, denn sonst hätte er dieselbe in den Art. 5 aufgenommen, in welchem Falle dann allerdings Zweifel darüber gestattet wären, ob sie auch für die Gläubiger rechtliche Bedeutung besitze. Eigenthümlich bleibt immerhin, ist aber durch die besondern Verhältnisse gerechtfertigt, daß hier eine Administrativbehörde in zunächst privatrechtlichen Angelegenheiten eine so bedeutende Competenz ausübt.

14. Was sodann die aus den Berichten des Bundesrathes und der Commission der Bundesversammlung, sowie der Berathung der Letztern zu schöpfenden Interpretationsmomente anbetrifft, so sprechen auch diese überwiegend zu Gunsten der privatrechtlichen Natur der 4 ersten Artikel des Gesetzes, insbesondere auch des Art. 4, Absatz 2. Vor Allem aus ist hier zu verweisen auf die mehrfach darin ausgesprochene Ansicht, daß das neue Gesetz einige den Eisenbahngesellschaften günstige Modificationen gegenüber dem Obligatianenrecht enthalte, weßhalb es unbegreiflich sei, daß es von denselben bekämpft werde, eine Ansicht, welche unverständlich wäre, wenn trotz des neuen Gesetzes die Actionäre und Gläubiger die Anwendung der strengen Normen des Obligationenrechtes fordern könnten. (Siehe im Bericht der ständeräthlichen Commissionsmehrheit auf pag. 12 und 13 und im bundesräthlichen Bericht an den Ständerath (Act 28), Alles, was von pag. 9 an unter dem Titel III „der Reinertrag“ gesagt ist, insbesondere auch den folgenden Satz:

„Unser Gesetzesentwurf geht zu Gunsten „der Bahnen sogar noch weiter (als das Obli„gationenrecht), indem er es ermöglicht, die „Amortisationen auf eine längere Zeitdauer „auszudehnen und dieselben der Höhe der „Jahreserträgnisse anzupassen.“

15. Von den für eine gegentheilige Interpretation geltend gemachten Momenten ist zunächst der Antrag Brennwald im Schoße des Nationalrathes und der daran sich anknüpfende Beschluß dieser Behörde gänzlich bedeutungslos, denn der Antrag wurde eben abgelehnt und die daran geknüpfte Bemerkung, daß damit den Rechten der Moratoriumsinteressenten keinerlei Eintrag geschehe, ist durchaus nichtssagend. Ebenso unerheblich ist die Aeußerung des Berichtes der ständeräthlichen Commission auf p. 23. Dieselbe constatirt im Gegentheil gerade, daß der Gesetzesentwurf nichts über die Rechte der Moratoriumsgläubiger enthalte, und die Bemerkungen, welche daran anknüpfend über diese Rechte geäußert werden, sind für den Richter, welcher allein und selbständig über dieselben zu entscheiden hat, von keiner Bedeutung.

16. Wichtiger erscheint auf den ersten Blick die Motivirung, mittelst welcher die nationalräthliche Commission den Antrag ihres Mitgliedes Dr. Ryf zurückwies (siehe Bericht der nationalräthlichen Commission pag. 17).

Allein die nähere Prüfung erzeigt, daß dieselbe keineswegs mit der Ansicht, daß der erste Theil des fraglichen Gesetzes an sich privatrechtlicher Natur sei, in unvereinbarem Widerspruch steht. Der Antrag von Dr. Ryf hätte das Gesetz zu einem solchen mit *rein* privatrechtlichem Inhalt gemacht. Wenn nun dieser Antrag nicht beliebte, weil dadurch der Zweck des Gesetzes, die Vertheidigung des öffentlichen Interesses, nicht erreicht worden wäre, so folgt daraus nur, daß das Gesetz auch öffentlich rechtliche Bestimmungen ent-

halte, allein keineswegs, daß es jeden privatrechtlichen Inhalts entbehre. Es gibt genug Gesetze, deren Inhalt theilweise dem öffentlichen und theilweise dem Privatrechte angehört und mit einem solchen Gesetze hat man es auch hier zu thun. Die Art. 1—4 sind zunächst privatrechtlichen Inhalts, aber weil ihre Handhabung zugleich auch im öffentlichen Interesse liegt, wird mittelst einer Gesetzesbestimmung öffentlich-rechtlicher Natur in Art. 5 dem Bundesrathe das Recht gegeben, darüber zu wachen, daß dieselben befolgt werden, zumal sie sonst aller Voraussicht nach nie zum Vollzuge kämen, weil die privatrechtlich Berechtigten, theils wie die Actionäre, kein Interesse daran haben, theils wie die Gläubiger zu gleichgültig sind, um auf deren Befolgung zu dringen.

17. Wenn nun aber auch die Klägerin nicht verlangen kann, daß die Beklagte ihre Bilanz nach den Grundsätzen des schweizer. Obligationenrechtes, statt nach denjenigen des Gesetzes über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften aufstelle, so ist doch damit die weitere Frage noch nicht entschieden, ob sie sich auch den Entscheid des Bundesraths, welcher die so aufgestellte Bilanz genehmigt hat, materiell gefallen lassen müsse, d. h., ob sie nicht ein selbständiges Prüfungsrecht darüber besitze, ob die Bilanz wirklich nach den fraglichen Grundsätzen aufgestellt sei. Es ist indeß nicht nothwendig, diese Frage hier zu entscheiden, weil die Klägerin diese Bilanzirung nur in einem einzigen Punkte und zwar offenbar ohne Recht anficht. Anschließend nämlich an einen Ausspruch der ständeräthlichen Commission (siehe deren Bericht pag. 23) glaubte die Klägerin, wie sie übrigens schon in den früheren Prozeßen geltend gemacht hat, ohne daß damals für nöthig erachtet wurde, auf diesen Standpunkt näher einzutreten, daß die Moratoriumsverpflichtungen selbst gleich anderen Schulden unter die Passiven der Bilanz zu stellen seien. Davon kann nun aber keine Rede sein. Allerdings sind die Verpflichtungen der Nordostbahn gegenüber den Moratoriumsberechtigten obligatorische Verpflichtungen, ja, die Nordostbahn wird in Folge derselben sogar zu einer Ausgabe von 35 Millionen Franken genöthigt werden; allein diese Verpflichtungen sind trotzdem keine Schulden im gewöhnlichen Sinne des Wortes, denn es ist damit ein Gegenwerth verbunden, welcher, wenn auch nicht factisch, so doch rechtlich der zu machenden Ausgabe vollständig gleichkommt. Wie Jemand, der einen Gegenstand, z. B. eine Liegenschaft gekauft, aber noch nicht zu Eigenthum erworben und sich dadurch unzweifelhaft seinem Verkäufer gegenüber obligatorisch verpflichtet hat, in seiner Bilanz den Kaufpreis entweder gar nicht unter die Schulden stellt oder wenn er dieses thut, auch den Werth des Kaufsobjekts unter die Activen aufnimmt, so braucht auch die Nordostbahn ihre obligatorische Verpflichtung gegenüber den Moratoriumsberechtigten nicht in einer bestimmten Summe unter die Passiven zu stellen, resp. sie darf, wenn sie dieß thut, also z. B. 35 Millionen unter die Passiven bringt, sofort auch den ganz gleichen Posten unter die Aktiven aufnehmen, da nach Art. 2 des Gesetzes über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften alle Eisenbahnlinien nach ihrem Bauwerth in die Activen der Bilanz zu stellen sind.

18. Die Klägerin kann daher mit ihrer Einsprache nur aufkommen, wenn sie dieselbe auf andere Gründe, als die angeblich unrichtige Bilanzirung zu stützen vermag. Schon in den früheren Urtheilen wurde ausgeführt, daß solche Gründe nur in § 989 des Pr. G.-B. gefunden werden könnten. Nun haben sich aber die Verhältnisse seit Erlaß diesseitigen Urtheils vom 30. Dezember 1884 in keiner Weise geändert, sodaß Alles, was damals zur Abweisung der auf § 989 gestützten Einsprache gesagt wurde, auch heute noch zutrifft.

19. Es ist daher die Klage, als in allen Richtungen unbegründet, abzuweisen und der Beklagten zu gestatten, ihren Prioritätsactionären eine Dividende von 6% für das Jahr 1884 auszubezahlen.

Schluss:

1. Die Appellation der Beklagten ist begründet und demnach die Klage abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Staatsgebühr wird auf 300 Fr. festgesetzt.

3. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten sind der Klägerin auferlegt.
4. Diese hat der Beklagten für beide Instanzen eine Prozeßentschädigung von 100 Fr. zu bezahlen.

Sofort nach der mündlichen Eröffnung des Urtheils erklärte der klägerische Vertreter gegen dasselbe mit schriftlicher Eingabe die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich

hat

in seiner Sitzung vom 26. Dezember 1885

in Sachen

der *schweizer. Nordostbahngesellschaft* in Zürich, Beklagte und Appellantin,

gegen

die *Gesellschaft für Begründung einer rechtsufrigen Zürichseebahn,* Klägerin und Appellatin,

betr. Dividendenauszahlung *(pro 1883)*

über die Streitfrage:

Ist die Beklagte berechtigt, aus den Betriebseinnahmen des Jahres 1883 Dividenden an ihre Actionäre auszubezahlen, oder ihnen Dividenden in der Weise gutzuschreiben, daß ihnen schon gegenwärtig wirkliche Forderungsrechte entstehen?

Auf Grundlage

des factischen Ergebnisses des erstinstanzlichen Urtheils (siehe die unter Fact. D bis G des vorstehenden Urtheiles angeführten Verhältnisse)

und nach Anhörung

folgender Parteianträge:

I. des Vertreters der Beklagten und Appellantin: Das Gericht wolle das erstinstanzliche Urtheil aufheben und erkennen, es sei die Beklagte berechtigt, aus den Betriebseinnahmen des Jahres 1883 an die Prioritätsactionäre die ausgeworfene Dividende von 660,000 Fr. auszubezahlen, Alles unter Kostens- und Entschädigungsfolge für die Klägerin;

II. des Vertreters der Klägerin: Die Appellation der Beklagten sei zu verwerfen und das erstinstanzliche Urtheil unter allen prozeßualischen Folgen für die Gegnerin zu bestätigen;

aus folgenden Gründen:

1. Das Recht, nach dessen Grundsätzen die Beklagte ihre Bilanz für das Jahr 1883 aufzustellen hat, ist das schweizerische Obligationenrecht und die Ansicht, daß die Gläubiger einer vor dem 1. Januar 1883 bestehenden Actiengesellschaft, welche zudem schon vor diesem Zeitpunkte Gläubiger geworden sind, ein wohlerworbenes Recht darauf besitzen, daß auch nach Inkrafttreten des schweizer. Obligationenrechtes die Bilanz nach den Rechtsgrundsätzen des alten Rechts aufgestellt werde, ist unhaltbar. (Siehe Erwägung 3—8 des Urtheils in Sachen der gleichen Partheien betreffend die Dividende des Jahres 1884).

2. Abgesehen von der Frage der Weiterziehung an das Bundesgericht ist es übrigens gleichgültig, ob die Beklagte ihre Bilanz für das Jahr 1883 nach den Grundsätzen des schweizer. Obligationenrechtes, oder nach denjenigen des priv. Ges.-B. aufzustellen habe, denn da nach den unangefochtenen Erhebungen des Bundesrathes sich in dieser Bilanz noch für ca. 11 Millionen fictive Werthe ohne die Kursverluste befinden, so kann nach den Grundsätzen beider Rechte keinem Zweifel unterliegen, daß die Beklagte zu einer Vertheilung von Dividenden an ihre Actionäre nicht berechtigt ist. (Siehe diesseitiges Urtheil vom 30. Dezember 1884).

3. Wie das neue eidgen. Gesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften hieran etwas ändern soll, ist schwer einzusehen. Daß dasselbe direkt bereits auf die Bilanz des Jahres 1883 zur Anwendung zu bringen sei, wird von der Beklagten selbst nicht behauptet. Eine gewisse Bedeutung könnte ihm zwar nicht abgesprochen werden, wenn sich nachweisen ließe, daß der eidgen. Gesetzgeber geglaubt habe, mit der Festsetzung von Art. 4, Abs. 2, womit der Grundsatz ausgesprochen wird, daß ähnlich wie bei den Kursverlusten auch bei anderen fictiven Aktiven eine allmälige Amortisation statt-

haft sei, kein neues Recht zu schaffen, sondern nur ein bereits bestehendes Gewohnheitsrecht gesetzlich zu sanctioniren. Dieser Nachweis läßt sich aber nicht erbringen, sondern es ergibt sich aus den Berathungen des Gesetzes im Gegentheil, daß man sieh voll bewußt war, damit neues Recht zu Gunsten der Aktionäre dieser Gesellschaften zu schaffen (siehe Bericht des Bundesrathes an den schweizerischen Ständerath vom 11. Mai 1883, pag. 9 und folgende und Bericht der ständeräthlichen Commissionsmehrheit vom 26. Juni 1883, pag. 12 und 18, wo es unter Anderem heißt:

„Erlassen wir kein Specialgesetz, so verbleibt es dießbezüglich (d. h. bezüglich des Rechts, fictive Activen durch Amortisationen zu tilgen) bei den für die Bahnen zur Liquidation ihrer finanziellen Vergangenheit allzu drakonischen und darum vielfach unausführbaren Postulaten des Obligationenrechts."

4. Man kann auch der Klägerin den Umstand nicht entgegenhalten, daß sie selbst bezüglich früherer Bilanzen, zuletzt bezüglich derjenigen vom Jahre 1876, den heute geltend gemachten Grundsatz nicht aufgestellt und die Vertheilung von Dividenden nicht gehindert hat, obschon z. B. die Gotthardsubvention schon damals, soweit sie einbezahlt war, unter den Aktiven der Bilanz stand und dieß auch der Klägerin nicht unbekannt sein konnte, denn die Klägerin war als Gläubigerin ja nur berechtigt, nicht aber, weder rechtlich, noch auch nur moralisch verpflichtet, gegen jene Dividendenvertheilungen Einsprache zu erheben und es kann ihr daher weder die Einrede der Billigung der bezüglich derartiger Posten von der Beklagten befolgten Praxis, noch die Einrede des Dolus entgegengehalten werden. Uebrigens sind diese Einreden auch nicht geltend gemacht worden.

5. Die Klage ist demnach gutzuheißen, gestützt darauf, daß die Dividende, welche die Beklagte zur Vertheilung bringen will, dem Grundkapital entnommen werden müßte und es ist daher nicht erforderlich, auf die übrigen für die Klage in Anspruch genommenen Rechtsgründe näher einzutreten.

gefunden:

Die Appellation der Beklagten ist unbegründet und erkennt:

1. Die Beklagte ist nicht berechtigt, aus den Betriebseinnahmen des Jahres 1883 Dividenden an ihre Actionäre auszuzahlen oder ihnen Dividenden in der Weise gutzuschreiben, daß ihnen schon gegenwärtig wirkliche Forderungsrechte entstehen.
2. Die zweitinstanzliche Staatsgebühr wird auf 300 Fr. angesetzt.
3. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten sind der Beklagten aufgelegt.
4. Dieselbe hat der Klägerin für beide Instanzen zusammen eine Prozeßentschädigung von 290 Fr. zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Febr. 1886. V. Band. № 3.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweier, Mitgied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deütschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 4. Dezember 1885
in Sachen

der *Gebrüder Tasche,* Inhaber einer Glashütte in Zwiesel, Niederbayern, Kläger,
gegen
Friedrich Müller, Glashändler in Zürich, Beklagten,
betr. Forderung aus Vertragsbruch.

Streitfrage:

„Ist der Beklagte verpflichtet, den Klägern Fr. 3000 als Schadensersatz wegen einseitigem Rücktritt von einem Kauf im Fakturabetrag von M. 12,077 zu bezahlen?“

Thatsächliches:

A. Der Beklagte betreibt den Glashandel, die Kläger sind Inhaber einer Glashütte in Zwiesel, Niederbayern, ihr Hauptbureau befindet sich in Köln. Dieselben fabriziren speziell farbige, bezw. getönte Gläser, in den den verschiedenen Verwendungszwecken entsprechenden Sorten, nämlich gegossenes oder Kathedralglas, geblasenes, dickes oder Antikglas, letzteres namentlich für die Glasmaler bestimmt, gewöhnliches Farbenglas und runde Gläser, sog. Buzenscheiben. Alle diese Sorten halten sie in einer Menge von Variationen, die durch Nummern bezeichnet sind.

B. Anfangs Mai 1885 versandten die Kläger ein Empfehlungszirkular, u. A. auch an den Beklagten. Dieser bat sodann die Kläger mit Postkarte vom 11. Mai, sie möchten ihm bei erster Gelegenheit ihre Preiscourants mit den äußersten Bedingungen, sowie ihre Musterkollektionen zukommen lassen; da er ziemlich viel Bedarf in den von den Klägern speziell fabrizirten Gläsern habe, so ließe sich bei Konvenienz vielleicht eine Geschäftsverbindung erzielen. Andern Tags antworteten ihm die Kläger: „Einer der Unsrigen gedenkt sie in 14 bis 20 Tagen zu besuchen.“

C. Dieser Besuch wurde dem Beklagten unterm 18. Juni von Seiten des Gustav Tasche, Antheilhaber der klägerischen Firma, zu Theil. Letzterer behauptet nun, hiebei sei durch mündliche Verhandlung zwischen den Parteien ein fester Kauf über Glaswaaren im Facturawerth von M. 12,077 abgeschlossen worden, während der Beklagte dieß mit Bestimmtheit bestreitet. Die Kläger setzten vor Beginn des heutigen Prozesses

dem Beklagten eine Frist an, um sich gemäß Art. 122 des Obl.-Rechtes darüber zu erklären, ob er den Kauf halten wolle, und nachdem dieser auf der Bestreitung desselben beharrte, verlangen sie nun durch die Klage die Zahlung von Fr. 3000 als Ersatz des Gewinnes, der ihnen in Folge des gegnerischen Vertragsbruches entgangen sei. Sie erklären aber, daß sie sich bezüglich des Betrages der gutzuheißenden Forderung ganz auf das freie Ermessen des Gerichtes beziehen, da ihnen die Hauptsache sei, im Grundsatze obzusiegen, nur ganz eventuell anerbieten sie Expertise und machen noch geltend, daß die erste Herstellung der Farben bedeutenden Aufwand an Arbeiten und Auslagen erfordere und die Fabrikation außergewöhnlich starken Ausschuß ergebe.

D. Für die Beurtheilung des Inhaltes der streitigen Unterhandlung ist aus der später hierüber geführten Korrespondenz Folgendes von Bedeutung:

Am 20. Juni, also am 2. Tage nach jener Unterredung, ließ der Beklagte folgenden Brief an die Kläger abgehen: „Zurückkommend auf meine Besprechung vom 18. dieß mit ihrem Herrn Tasche erlaube ich mir, Ihnen die Mittheilung zu machen, das ich mir das zu beginnende Kathedralgeschäft nochmals reiflich überlegte." Dann wird ausgeführt, Beklagter sei zum Entschlusse gekommen, das sicherste Verfahren für ihn sei, bevor er ein größeres Lager anlege und sogleich ca. 10 mille auswerfe, sich zuerst nach dem Absatz zu erkundigen, „an Hand Ihrer Musterkollektion". „Auf dieses mich beziehend, bitte ich Sie, *die notirten No. No.* bis auf weiteres *als annullirt* zu betrachten, und kein *Glas* zu senden, als bis ich Ihnen das Ergebniß meiner ersten Geschäftstouren mitgetheilt habe; dieß wird bestimmen, welchen Betrag ich für den Anfang für mein Lager ansetzen kann. Dagegen ersuche ich Sie höflichst, mir mit möglichster Beförderung die besprochene Musterkollektion der gangbarsten No. No. einzusenden." Dann folgen neue Ausführungen, daß bei Aufnahme eines neuen Geschäftszweiges Vorsicht am Platze sei, und ist die Hoffnung auf „Entgegenkommen und gegenseitige Unterstützung" ausgesprochen. Mit den Worten: „Ich muß noch einmal auf einen Punkt zurückkommen, es ist dieß die Verpackung" wird dann ausgeführt, Beklagter habe sich gestern überzeugt, daß die Kosten der Verpackung ihn treffen würden, was er aber nicht übernehmen könne, „ich hoffe, Sie werden mir hierin ebenfalls gütigst entgegenkommen und die Verpackung für mich streichen". Nachdem Beklagter sich nochmals über den Rabatt verbreitet, schließt er mit den Worten: „In der angenehmen Erwartung, daß Sie meine Ansichten zu würdigen wissen, und daß wir uns über Angeführtes leicht einigen werden, sehe ich Jhren geschätzten Berichten wie Mustern in Bälde entgegen." Die Kläger antworteten unterm 1. Juli, sie bedauern, dem beklagtischen Vorschlag, die ihrem Herrn Tasche fest ertheilte Ordre zu annulliren, nicht Folge geben zu können; dagegen seien sie zu einzelnen Konzessionen, namentlich bezüglich der Lieferzeit und der Fracht bereit.

Unterm 4. Juli schrieb darauf der Beklagte: Er müsse den Inhalt seines Schreibens vom 20. Juni aufrecht erhalten. „Von einem fest ertheilten Auftrag ist gar keine Rede. Einen Auftrag, welchen ich Ihnen oder x einem anderen Lieferanten fest ertheile, erfolgt von mir schriftlich." Er habe Tasche gebeten, ihm an Hand seiner Muster die gangbarsten und passendsten vorläufig zu notiren und ihm allererst Muster zukommen zu lassen. Schon lange, bevor er die klägerische Firma gekannt, habe er sich entschlossen, nebenbei auch *in* Kathedral- und Antikglas zu arbeiten, „jedoch, bevor ich Ihre Muster gesehen, konnte ich mich doch gewiß zu nichts Bestimmtem entschließen und wenn ich noch länger Zeit gehabt hätte." „Die notirten Posten waren Ihnen, wie ich erwähnte, vorläufig unter allem Vorbehalt und dem Rechte meinerseits für nöthige Abänderungen je nach meinem Bedarfe aufgegeben." Er habe sich inzwischen bei Glasmalern umgesehen und sich hiebei überzeugt, daß von dem Glas in der Masse, wie es notirt war, er in 20 Jahren noch auf Lager hätte. „Also ich muss *auf Annullirung* der erst notirten No. beharren." Dann neue Ausführungen, daß allfällig später ein Geschäft möglich sei.

Am 6. Juli entgegneten ihm die Kläger: „Es gehört denn doch schon etwas dazu, die Wahrheit so auf den Kopf zu stellen, wie Sie es in Ihrem jüngsten Brief versuchen.“ — „Der Hergang war folgender: Sie ersuchten unsern Herrn Tasche, Ihnen diejenigen Töne bezw. Farben von Kathedral-, Antik- und gewöhnlichem Glas auszusuchen, die am gangbarsten sind und die Sie am besten verkaufen können, und dieß geschah unsererseits gewissenhaft. Daraufhin bemerkten Sie nach gegenseitiger genügender Besprechung, dann wollten Sie von jeder Nummer eine Kiste nehmen, worauf Tasche erwiederte, Sie möchten von 8 näher bezeichneten Nummern Kathedral je 2 Kisten nehmen, was Sie acceptirten. Dann, als es sich um roth Kathedral handelte, wollten Sie erst hievon noch Nichts bestellen, und nun, nachdem Tasche Ihnen sagte, dieses können Sie nicht entbehren, als auch Ihr Herr Buchhalter noch zustimmte, sagten Sie: „Dann notiren Sie eine Kiste!“ Es ist unwahr, daß Sie Tasche ersuchten, vor Perfection des Geschäfts eine Musterkollektion zu senden, damit Sie daraufhin von den notirten Kisten den ersten Bedarf bezeichneten. Dagegen ist wahr, daß Sie, nachdem Sie den Auftrag ertheilten, Tasche ersuchten, Ihnen gleich bezw. so bald als möglich von den bestellten Gläsern Muster zu senden, damit Ihr Herr Reisender dieselben schon benutzen könne.“ Die beklagtische Darstellung sei eine Verdrehung, Tasche könne seine eigene Darstellung mit gutem Gewissen beschwören.

Mit Brief vom 8. Juli erklärte der Beklagte, er halte seine beiden Schreiben „*betreff Annullirung der notirten Nummern*“ aufrecht, stets verlange er nach definitiver Annahme die schriftliche Bestätigung seines Auftrages. Er schließt damit, daß er den Geschäftsverkehr mit den Klägern als abgebrochen erklärt. Weitere chargirte Briefe der Kläger vom 14., 21. und 27. Juli ließ er unbeantwortet.

E. Gustav Tasche erschien heute unaufgefordert aus Köln persönlich mit seinem Anwalt an den Schranken, „um sich gegenüber den Anschuldigungen des Beklagten zu stellen.“ Die Klagedarstellung seines Anwaltes stimmt genau überein mit derjenigen im Brief vom 6. Juli, das Gleiche gilt von den durch Tasche bei persönlicher Befragung abgegebenen Erklärungen. Die Kläger ergänzen jene Darstellung noch durch Folgendes: Am 18. Juni sei Tasche zuerst Vormittags zum Beklagten auf's Bureau gekommen und habe sich mit seinen Mustern vorgestellt, jener habe ihn ersucht, Nachmittags wieder zu kommen und inzwischen seine Muster zurückzulassen. Beim zweiten Besuch am Nachmittag habe dann die Bestellung durch den Beklagten auf dessen Bureau und in Gegenwart des Buchhalters stattgefunden. Seine Frage, ob Beklagter inzwischen die Muster angesehen, habe dieser bejaht. Während der Vorweisung der Gläser durch ihn seien die Bedingungen besprochen worden. Tasche habe bei Bezug von mehr als 100 Quadratmeter die Gewährung von 25% Rabatt von den gewöhnlichen Preisen versprochen. Der Beklagte habe dann hauptsächlich darauf Gewicht gelegt, daß ihm bei Abnahme eines größeren Quantums der Alleinverkauf der klägerischen Fabrikate für die Schweiz übertragen werde, und Tasche habe ihm dieß für den Fall eines großen Bedarfes in Aussicht gestellt in der Meinung, daß dem Beklagten bei direkten Bezügen von Schweizerkunden die Differenz der von diesen bezahlten mit den dem Beklagten gewährten Preisen vergütet werde. — Die Vereinbarung über den Rabatt habe dann Tasche auf einem Exemplar seines gedruckten Preiscourants dem Beklagten notirt.

F. Der Beklagte hat diesen Preiscourant zu den Akten gebracht. Derselbe enthält gedruckt das Verzeichniß der verschiedenen Gläsersorten, deren Preise per Quadratmeter, die Größe der Tafeln, die Angabe, daß diese in Kisten verpackt geliefert werden und die Größe der Kisten. Ferner ist der Preis der Verpackung angegeben und endlich die Lieferungsbedingungen, nämlich Verpackung zu Lasten des Käufers, Lieferung franco Zwiesel, Zahlung in 3 Monaten oder per Kasse mit 2% Sconto; über die Lieferzeit ist Nichts bemerkt. Das vom Beklagten eingelegte Exemplar des Preiscourants enthält noch folgende mit Tinte geschriebene Bemerkungen

von der Hand des G. Tasche: „Bei Abnahme von bis 100 Meter mit 20% Rabatt, von über 100 Meter 25%, franco resp. frachtfrei Zürich.“ „Gewicht per Kiste 160 bis 170 Kilo“, und am Rande die Notiz: „überhaupt bei gelb zu bemerken, daß das Feuer zu Anfang nicht zu stark gemacht, sondern nach und nach.“ Auf dem anderseitigen Rande finden sich von anderer Hand — unbestrittenermaßen durch den beklagtischen Buchhalter — unter der Ueberschrift „Antik“ eine Reihe von Nummernzahlen notirt. Im weitern hat der Beklagte ein Blatt Papier vorgelegt, auf welchem, ebenfalls von seinem Buchhalter geschrieben, die Fortsetzung von Nummern von geblasenem (Antik-) Glas, sowie die Nummern von Buzenscheiben und am Schlusse solche von Kathedralglas notirt sind, bei 8 dieser Nummern ist ein Häkchen beigesetzt. — Die Kläger legen ihrerseits ein fortlaufend geführtes Carnet des Herrn G. Tasche vor, mit Bleistift geschrieben. Hier findet sich zwischen anderen Einträgen ein solcher unter der Ueberschrift „Friedr. Müller, Zürich.“ Dann folgen die nämlichen Nummernzahlen, wie die vom beklagtischen Buchhalter notirten, dazwischen ist an einer Stelle bemerkt: „spezifiziren bezüglich Ton und Farbe“, am Schluße in größerer Schrift: „roth Kathedral 1 Kiste“, und dann nach einem Strich: „Proben aller Gläser, die bestellt und sonstige“. In etwas kleinerer Schrift, wie nachher beigefügt, ist bei den Nummern von Antikglas am Rande bemerkt: „je 1 Kiste“, und in ähnlicher Weise bei den übrigen Gläsern, hier jedoch gleichmäßiger; bei den 8 Nummern Kathedralglas, welche im Verzeichniß des Buchhalters mit einem Häkchen versehen sind, ist beigesetzt: „2 Kisten“. Ebenfalls eingeschoben ist am Schlusse die Bemerkung: „Zahlung erfolgt in ein Chek auf Deutschland“, dann einiges Unleserliches und endlich: „frachtfrei Zürich“. — Nach dem Eintrag sind die Adressen von Banquier Körner, sowie Trüb & Holder in Zürich, beide mit der Bezeichnung als Auskunftsbureau angegeben.

G. Der Kläger Tasche erklärt, er habe, nachdem er dem Beklagten auf seinen Wunsch [...]angbarsten Sorten bei Seite gelegt und mit demselben über die Preise und andere Bedingungen unterhandelt, ihm diese auf den Preiscourant notirt und der Beklagte habe dann erklärt, daß er von den herausgelegten Nummern je 1 Kiste bestellen wolle. Darauf habe Tasche diese Nummern von den betreffenden Gläsern laut abgelesen und fortlaufend in sein Carnet notirt, gleichzeitig habe der Buchhalter des Beklagten dieselben aufgeschrieben, zuerst am einen Rande des Preiscourants und als hier der Raum nicht mehr ausgereicht habe, die Fortsetzung auf einem besonderen Blatt. Die Kistenzahl habe er allerdings erst nachher, aber immerhin im gleichen Akt beigefügt, das Wichtigste sei eben für die Notirung das Nummernverzeichniß gewesen, das Quantum habe, da der Inhalt der Kisten immer der gleiche sei, nur durch Bezifferung der Kistenzahl angegeben werden müssen. Nachher sei sein Eintrag mit demjenigen des Buchhalters verglichen und übereinstimmend gefunden worden. Er habe das Carnet beim Schreiben mit der einen Hand frei in der Luft gehalten, was zu einiger Ungleichmäßigkeit desselben beigetragen habe. — Die Bestellung sei als eine definitive aufgegeben worden, von irgend einem Vorbehalt sei nicht mit einem Worte die Rede gewesen, er könne sich bei seiner Routine als Reisender hierüber unmöglich getäuscht haben. Die Größe der Bestellung habe ihn bewogen, sofort nach deren Aufnahme eine Information über den Beklagten einzuziehen, diese habe bezüglich der Solvabilität desselben sehr günstig gelautet, doch sei ihm derselbe als trölerhaft geschildert worden. — Andern Tages habe er seine Geschäftsreise fortgesetzt; als er nach etwa 10 Tagen nach Zwiesel heimgekommen sei, habe er den Brief des Beklagten vom 20. Juni vorgefunden und sofort beantwortet. Die Kommission babe er trotz jenes Briefes in das Bestellbuch eingeschrieben. Für die Ausführung des Auftrages sei nichts gethan worden, da er dessen Anerkennung habe abwarten wollen, ein Theil der Waare wäre vorräthig gewesen, der Rest hätte erst fabrizirt werden müssen. Die sofortige Uebergabe eines Bestelldoppels und Unterzeichnung desselben durch den Besteller sei bei ihm

bis anhin nicht üblich gewesen; dagegen hätte er die Bestellung bei seiner Ankunft in Zwiesel, wo er die Scripturen allein besorge, brieflich bestätigt. Die Kläger legen endlich eine Rechnung über die streitige Bestellung ein, wornach deren Werth unter Abzug von 25% Rabatt Fr. 11,782.50 beträgt.

H. Der Beklagte stellt dagegen den Sachverhalt folgendermaßen dar: Er habe bis dahin nur in Tafelglas verkehrt, das Antik- und Kathedralglas sei ihm noch ganz unbekannt gewesen, er habe nicht einmal den Unterschied zwischen diesen Sorten gekannt. Daher habe er Tasche von vornherein gesagt und sei im Verlaufe der Unterredung auch dabei geblieben, daß er sich auf eine Bestellung noch nicht einlassen könne, man müsse ihm diesen Geschäftszweig zuerst erläutern und Zeit zu Informationen, namentlich über den voraussichtlichen Absatz, lassen. Allerdings habe er sich dann die gangbarern Sorten zeigen und auch gerne darüber belehren lassen, wie viel er eventuell von jeder derselben bestellen müßte, habe auch um die eventuellen Bedingungen gefragt, bestellt aber Nichts; die Angabe der Kistenzahl im Carnet des Tasche müsse von diesem erst hinterher gemacht worden sein in betrüglicher Absicht. Alle jene Beredungen seien nur erfolgt im Hinblick auf einen vielleicht in Zukunft abzuschließenden Vertrag über den Alleinverkauf der Fabrikate der Kläger, womit Tasche ihm den Mund wässern gemacht habe. Er habe freilich den Tasche ersucht, ihm sofort nach seiner Heimkunft eine Kollektion von Mustern der ausgelesenen Nummern zu schicken und zwar in je 6 Exemplaren, um auf Grund hievon sich über den allfälligen Absatz erkundigen zu können, aber von einer Bestellung sei überall keine Rede gewesen, es sei bei ihm eine ausnahmslose Regel, „jede Bestellung sofort schriftlich beidseitig zu machen und durch Unterschrift zu bestätigen und bestätigen zu lassen.“

I. In der Referentenaudienz berief sich der Vertreter der Kläger auf den Buchhalter des Beklagten als Zeugen, nach Anhörung des Vortrages des Gegenanwaltes verzichtete er zwar hierauf, nicht aber Letzterer für den Gegenbeweis, und der Buchhalter, Hermann Paur, seit 1881 beim Beklagten angestellt, wurde daher einvernommen. Derselbe bestätigt die Darstellung seines Prinzipales und gibt an, die Unterredung habe durchaus nur den Charakter einer Vorbesprechung gehabt, mit Ausnahme der Bestimmung der Muster, von denen Tasche je mehrere Exemplare zu schicken übernommen habe. Tasche habe ihm die Nummern derselben diktirt, später auch die Nummern, für die man eventuell 2 Kisten in Aussicht genommen habe, diese habe Tasche zum zweiten Male ins Carnet geschrieben, aber ohne Angabe der Zahl der Kisten. Kurz vor dem 18. Juni habe Beklagter bei einem Haus in Tyrol eine Bestellung in Kathedralglas gemacht gehabt, den Artikel aber nichtsdestoweniger noch durchaus nicht gekannt. „Wenn wir auf dem Bureau bei einem anwesenden Lieferanten persönlich eine Bestellung machen, so geben wir diese regelmäßig schriftlich, d. h. wir schreiben die Bestellung auf und halten den Betreffenden an, sie uns zu unterzeichnen.“ Auf neue Befragung erklärte indeß der Zeuge, dieß sei *einmal* geschehen.

K. Ueber den Brief vom 20. Juni machen der Beklagte und sein Buchhalter übereinstimmend folgende Darstellung: Tasche sei sehr aufdringlich gewesen; trotzdem Nichts bestellt worden sei, habe er beim Fortgehen, als der Beklagte einen Augenblick abwesend gewesen sei, zu Paur so nebenbei gesagt: „ich schicke Ihnen was!“ Dieß sei dem Paur nachträglich wieder in den Sinn gekommen und nebst anderen Aeußerungen des Tasche hinterher auffällig und verdächtig vorgekommen, die Besorgniß sei in ihm wach geworden, Tasche könnte die Unterredung doch als eine Bestellung aufgefaßt haben. Dieß habe er andern Tages seinem Prinzipal mitgetheilt und sie haben dann gefunden, es sei besser, man schreibe dem Tasche noch, damit er nichts schicke. Der Beklagte fügt noch bei, seine Bemerkung im Briefe, daß er sich inzwischen bei Glasmalern orientirt habe, sei unwahr und nur eine Ausschmückung gewesen, er habe doch die Korrespondenz mit etwas einleiten müssen. Darüber befragt, was sie im Briefe vom 20. Juni unter

dem Glas, dessen Zusendung sie ablehnen, im Gegensatz zu den Musterkollektionen, um deren beförderliche Einsendung sie bitten, verstanden haben, antworteten sowohl der Beklagte, als der Zeuge Paur ausweichend, unbestimmt und schwankend, schließlich aber dahin, die notirten Nummern seien nicht etwa als bestellt zu betrachten, sondern nur Musterkollektionen davon zu schicken. Der Anwalt des Beklagten machte geltend, dieser, wie sein Buchhalter seien zu wenig gebildet, als daß mit ihren Worten im Einzelnen gerechnet werden könne.

L. Der Beklagte wendete noch ein, es mangle eventuell an den wesentlichen Erfordernissen eines Kaufes, die Kläger geben indeß nur zu, daß über die Lieferungszeit nichts vereinbart worden sei, was aber in diesem Handel üblich sei und mit den Umständen der Fabrikation im Zusammenhang stehe. In der Duplik ließ der Vertreter des Beklagten einige Aeußerungen fallen, die es zweifelhaft machen, ob er hier nicht, wenigstens eventuell die Darstellung habe bringen wollen, daß zwischen den Parteien bezüglich des Vertragsabschlusses ein Mißverständniß obgewaltet habe; diese Ausführungen waren aber zu unbestimmt, um in diesem Sinne verstanden werden zu können. Dagegen wurde mit großer Bestimmtheit das Quantitativ der klägerischen Forderung bestritten.

Entscheidungsgründe:

1. Den Klägern liegt der Beweis ob für ihre Behauptung, daß zwischen G. Tasche und dem Beklagten unterm 18. Juni eine Willenseinigung erfolgt sei über den Kauf der Waaren, deren Bestellung sie behaupten und deren Preis. Anderweitige Bestimmungen sind unwesentlich, und eventuell durch das Gesetz ergänzt.

2. Das Gericht hat nun durchaus kein Bedenken, diesen Beweis als geleistet zu betrachten. — Das gewichtigste Argument hiefür bildet die eigene Ausdrucksweise des Beklagten in seinen Briefen. Wenn derselbe am 20. Juni, zwei Tage nach der streitigen Unterredung schreibt, er „bitte“ die Kläger, „die notirten Nummern bis auf weiteres als [illegible]rt zu betrachten“, ferner am 4. Juli neuerdings erklärt, er müsse „auf Annullirung der erst notirten Nr. beharren, und auch am 8. Juli wieder das früher Gesagte „betreff Annullirung der notirten Nummern“ aufrecht erhält, so kann aus dieser Redeweise unmöglich etwas anderes herausgelesen werden, als der Ausdruck des Wunsches oder Willens, daß ein zu Stande gekommenes Geschäft wieder rückgängig gemacht werde, denn annulliren heißt aufheben, nichtig machen. Daß das hiebei besprochene Geschäft nun, wie der Beklagte und dessen Anwalt dem Gerichte glauben zu machen versuchen, lediglich die Bestellung von Mustern gewesen sei, ist nicht bloß an sich widersinnig, sondern auch durch das widerlegt, was im Briefe vom 20. Juni im Anschluß an jene Stelle folgt; der Beklagte schreibt hier: „Ich bitte Sie, mir kein *Glas* zu senden“, — daß er aber hierunter, wie übrigens sonst klar, die *Waare*, und nicht bloß Muster derselben verstand, geht zweifellos daraus hervor, daß er im gleichen Brief im Gegensatz zum „Glas“ von der „Musterkollektion“ spricht, und den Kläger höflichst bittet, ihm solche beförderlichst einzusenden. Schon diese Ausdrucksweise kann die Ueberzeugung begründen, daß die Darstellung des Beklagten unwahr sein müsse. Was nun dieser und sein Buchhalter als Zeuge heute erzählen, um für den Brief vom 20. Juni eine Erklärung zu geben, klingt nicht bloß an sich äußerst unwahrscheinlich, sondern vermag auch eine Erklärung nicht zu konstruiren. Wenn auch die Uebereinstimmung der bezüglichen Angaben eine gewisse Bürgschaft für ihre Wahrheit zu versprechen scheint, so hat doch die Darstellung, Tasche, der Geschäftsreisende vom Fach, habe beim Abschied, zufällig gerade in Abwesenheit des Prinzipals, zum Buchhalter eine zweideutige Aeußerung fallen lassen, welche den Verdacht zu erwecken im Stande gewesen sei, er habe das große notirte Nummernverzeichniß statt wie ausdrücklich gesagt, als Grundlage der versprochenen Musterkollektion, für einen Kauf von ebensoviel und noch mehr Kisten angesehen, diese Aeußerung sei dem Buchhalter erst andern Tages in den Sinn gekommen, verdächtig geworden, und habe Veranlassung gegeben, wieder am fol-

genden Tage jenen Brief zu schreiben, — offenbar keine Glaubhaftigkeit, und wird geradezu widerlegt und als eine für den Prozeß gemachte Erfindung der beklagtischen Partei qualifizirt durch jenen Brief selbst. Der verlegene, bittende Ton dieses Briefes, und das durch Anrufung mancher Gründe unterstützte Gesuch um Annullirung der notirten Nummern, um „Entgegenkommen", schließen ja die Möglichkeit aus, daß man damit einem allfälligen Mißverständniß habe vorbeugen wollen; in letzterm Falle läge gewiß ein energischer Protest vor, statt einer schüchternen Bitte. Daß der Beklagte es mit der Wahrheit nicht genau nimmt, geht übrigens auch daraus hervor, daß er das in diesem Briefe über seine Erkundigung bei Glasmalern Notirte heute leichthin als „Ausschmückung" bezeichnet, eben weil es zur neuen Darstellung nicht paßt, und auch seine Behauptung, er habe im Kathedralengeschäft noch gar nie verkehrt, stellt sich als unwahr heraus. Der Beklagte war demnach nicht im Stande, jenem Brief eine andere Erklärung zu geben, als die, welche natürlicher Weise aus demselben herausgelesen werden muß, die er aber bestreitet. Wenn sein Anwalt heute vorträgt, sein Client sei zu wenig gebildet, als daß seine Briefe bei ihrem Wortlaut genommen werden könnten, womit wohl gesagt werden will, die gebrauchte Ausdrucksweise sei eine irrthümliche, so genügt es hieran natürlich nicht, um das, was der Beklagte schwarz auf weiß geschrieben hat, zu beseitigen. — Als unstichhaltig und unwahr hat sich auch die vom Beklagten schon in der Korrespondenz, aber nicht etwa schon in dem noch schüchternen Briefe vom 30. Juni, sondern erst in dem schon dreisten vom 4. Juli zur Bestreitung des Kaufes verwendete Behauptung erwiesen, daß er regelmäßig und nie anders als schriftlich bestelle; denn sein Buchhalter erklärt, dieser Fall habe sich nur *ein* Mal ereignet, und auch in diesem Umfang ist die Behauptung wohl unwahr; denn es kommt doch schwerlich vor, daß der Besteller sich die Bestellung vom Lieferanten unterzeichnen läßt, nur ein umgekehrtes Verfahren entspricht ja dem bezüglichen Zweck. Die Darstellung des Beklagten erscheint demnach als unglaubhaft; diejenige des G. Tasche hat dagegen durchaus nicht die Unwahrscheinlichkeit, die ihr gegnerischerseits beigelegt wird. Vor Allem ist zu bemerken, daß Tasche sich im Gegensatz zum Beklagten keinerlei Widersprüche zu Schulden kommen läßt, seine Angaben sind nicht zweideutig, sondern bestimmt und klar. Als bedeutendes Beweismittel treten zu denselben seine Scripturen, verbunden mit den vom Buchhalter des Beklagten unterm 18. Juni angefertigten hinzu. Der Beklagte glaubt dieselben freilich mit dem Vorwurfe theilweiser Fälschung wegweisen zu können, das Carnet erscheint aber dem Gericht, namentlich bei Anhörung der weitern von Tasche hierüber gemachten glaubwürdigen Erklärungen, als unverdächtig, und es sollte überhaupt die Behauptung einer Fälschung nicht so leicht erhoben werden. Diese Scripturen in ihrer Verbindung können nun aber nicht anders denn als Notirung eines festen Kaufes verstanden werden. Es ist ungedenkbar, daß ein Geschäftsreisender Notizen, wie sie hier vorliegen, in sein Carnet schreibe, als eine Musterkollektion. Wie kann die detaillirte und überall genau bestimmte, nirgends einen Spielraum offen lassende Angabe der Quantitäten, die genaue Notirung aller Lieferungs-Bedingungen, soweit sie nicht schon im Preiskourant enthalten waren, die Notiz, daß die Zahlung in einem *Chek* auf Deutschland zu erfolgen habe, beim Mangel irgend einer bezüglichen Andeutung bloß als Musterverzeichniß, bezw. als Resultat einer Vorbesprechung aufgefaßt werden? Sodann stimmt damit die Aufnahme des Verzeichnisses auch durch den Buchhalter des Beklagten, ebenfalls mit Unterscheidung von einzelnen Sorten bezüglich der Quantitätsangabe, überein. Daß dies Alles nur das Verzeichniß der zu sendenden Muster gewesen sei, ist geradezu unglaubhaft, überdem dadurch widerlegt, daß der Beklagte laut unverdächtiger Angabe im Carnet nicht bloß Proben der „bestellten", sondern auch der „sonstigen" Gläser verlangte. Wie kann ferner die Notiz im Preiscourant, daß bei gelb das Feuer im Anfang nicht zu stark, sondern nach und nach gemacht werden solle, anders verstanden werden, als für die Fabrikation der Waare? Dem Beklagten ist ge-

wiß nicht die Neuerstellung von bloßen Mustern zugesichert worden. Die Einwendung, daß die Bestellung einer so bedeutenden Quantität unwahrscheinlich sei, verliert an Halt, wenn man berücksichtigt, daß der Beklagte schon am 12. Mai einen „großen Bedarf“ in Aussicht stellte, und ihm ferner nach seiner eigenen Angabe die Uebertragung des Alleinverkaufes für die Schweiz in Aussicht gestellt wurde. Uebrigens erscheint das in Frage stehende Quantum verhältnißmäßig nicht als auffällig groß, weil es sich für den Beklagten, wie er in seinem Briefe vom 30. Juni angibt, darum handelte, diesen Geschäftszweig neu zu begründen, wofür er eben ein Lager anlegen mußte. Zum Schlusse verweist Tasche mit Recht darauf, wie unwahrscheinlich die Annahme wäre, daß er sich wegen einer bloßen Musterkollektion, die gratis gegeben werden mußte, oder für die Vorbesprechung eines Vertrages eine so bedeutende Mühe gegeben hätte, dergleichen kommt wohl nicht vor. Die Darstellung des Klägers hat demnach alle Wahrscheinlichkeit für sich, und darf somit als bewiesen gelten.

3. Der Beklagte bestreitet nicht, daß er beim Zustandekommen eines Kaufes den Klägern den Gewinn zu ersetzen habe, den diese bei dessen Ausführung gehabt hätten. Für die Bestimmung der Höhe ihrer Forderung rufen die Kläger das freie Ermessen des Gerichtes an. Es ist nun wahrscheinlich, daß die Kläger wenigstens einen Gewinn von ca. 10 % des Facturawerthes der Waare gehabt hätten. Daß das Benefice geringer gewesen wäre, ist Angesichts der Natur der Waare, deren Umsatz ein verhältnißmäßig geringer ist, und welche ferner einigermaßen der Mode unterworfen sein wird, sowie bei den verhältnißmäßig bedeutenden Reisespesen, welche aus dem Gewinn bezahlt werden müssen, keineswegs anzunehmen. Demgemäß rechtfertigt sich die Gutheissung einer Forderung von rund Fr. 1000.

4. Da die Kläger von Anfang nicht an der in der Weisung genannten Summe als Forderung festgehalten, sondern sich auf das freie Ermessen des Gerichtes bezogen haben, der ursprünglich genannte Betrag aber nicht einmal als offenbar übersetzt betrachtet werden könnte, so ist der Beklagte nicht bloß zur Tragung sämmtlicher Gerichtskosten, sondern auch zur Zahlung einer angemessenen Prozeßentschädigung an die Kläger zu verpflichten, wobei freilich das heutige Erscheinen des Klägers, G. Tasche, nicht in Berücksichtigung gezogen werden darf, da derselbe nicht persönlich vorgeladen war.

Schluss:

1. Der Beklagte ist verpflichtet, den Klägern Fr. 1000 zu bezahlen, mit dem übrigen Betrag der laut Weisung geforderten Summe sind die Kläger abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr ist auf 80 Fr. angesetzt.
3. Die Kosten sind dem Beklagten aufgelegt.
4. Derselbe hat den Klägern eine Prozeß-Entschädigung von 80 Fr. zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Urtheil

der

Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

vom 15. Dezember 1885

in Sachen

des *Bernhard Diggelmann* in Zürich, Beklagten und Appellanten,

gegen

die Firma *Ruther & Einenkel,* Posamenteriefabrik in Annaberg, Sachsen, Klägerin und Appellatin,

betr. Forderung aus Kauf.

Art. 123 und 234 des Schweiz. Oblig.-R., Frage, ob es sich um ein Fixgeschäft handle oder nicht.

Streitfrage:

Ist der Beklagte schuldig, an die Kläger den Kaufpreis für bezogene Waaren mit M. 176. 70 oder 220 Fr. 85 Cts. laut Factur zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Im Januar 1885 besuchte ein Antheilhaber der klägerischen Firma Namens Ruther anläßlich einer Geschäftsreise den Beklagten Bernhard Diggelmann, nahm eine Bestellung desselben auf eine Partie Pelz-Posamenteriewaaren entgegen und trug solche eigenhändig in dessen Commissionsbuch ein. Am Schlusse dieses Eintrages ist bemerkt: „*Juni lieferbar*" und es gehen denn auch die Parteien dementsprechend darin einig, daß verabredet worden sei, es solle die Waare im Juni geliefert werden.

B. Am 11. Juni 1885 verpackte Klägerin die Waaren, legte denselben die Factur im Betrage von 176 M. 70 Pf. bei und sandte sie ab, allein weil ihr Packer irrthümlicher Weise statt an Bernhard Diggelmann, an *Gebrüder* Diggelmann, eine ebenfalls in Zürich domicilirte Firma, welche der Klägerin eine ähnliche, jedoch erst auf August—September auszuführende Ordre ertheilt hatte, — adressirte, so kamen Waaren und Factur dieser letztern zu. Daraufhin antworteten diese mit Brief vom 17. Juni: „Sie senden uns unterm 11. Posamenterieartikel für Pelzwaaren und haben wir Ihnen darüber zu bemerken, daß die Waare erstens nicht schon auf jetzt, sondern erst auf August—September bestellt war, ferner fehlen die facturirten 2 Dutzend Nr. 203 à 6. 50 und dann, was die Hauptsache ist, sind in der ganzen Sendung nur 3 Posten, die wir bestellten. Das Andere haben Sie Alles willkürlich gesandt. Es muß hier ein Irrthum vorwalten, *indem die Factur an Bernhard Diggelmann, die Waare aber an uns adressirt ist* und bitten wir Sie daher, über die Sendung zu verfügen etc." Klägerin erhielt diesen Brief am 19. Juni und berichtete die Gebrüder Diggelmann sofort, daß wirklich ein Irrthum vorliege und sie die Güte haben möchten, die Waaren dem Bernhard Diggelmann aushinzugeben. Gleichzeitig ersuchte sie den Letztern unter Mittheilung des Sachverhaltes und Beilage der Factur, die Waaren bei den Gebrüdern Diggelmann abholen zu lassen, erhielt aber mit Brief vom 21. Juni, eingegangen am 23. gl. Mts., die Antwort, daß er mit der Firma Gebrüder Diggelmann nichts zu schaffen habe und in keinem Verkehr mit derselben stehe. „Haben Sie nun die Waare verkehrt versandt, so schauen Sie, wie Sie wieder zu der Waare kommen. *Ich nehme die Sendung überhaupt jetzt gar nicht mehr an und verzichte darauf.*" Sofort erwiderte die Klägerin: „Wir besitzen Ihr Geehrtes und theilen Ihnen mit, daß wir Ihnen Ihre Commission von hier aus senden in tadelloser Waare. Sie haben die Waare bestellt und sind in Folge dessen verpflichtet, dieselbe anzunehmen. Wir wollen sehen, ob wir die dortige Waare daselbst verkaufen können. Ihrer Antwort gewärtig, zeichnen etc." Eine Antwort auf diesen Brief erfolgte nicht und mit Begleitschreiben vom 3 Juli übersandte dann Klägerin dem Beklagten neuerdings Factur im Betrage von 176 M. 70 Pf. mit dem Bemerken: „Die Waaren gehen in 2 Packeten per Post an Ihre werthe Adresse ab". Am *12. Juli* langte die Waare in Zürich an, allein der Beklagte verweigerte deren Annahme und theilte dieß der Klägerin mit Schreiben vom 15. Juli unter Bezugnahme auf seinen Brief vom 21. Juni mit, beifügend: „Sie haben die Sendung, welche für mich bestimmt war, damals an die Firma Gebrüder Diggelmann versandt, in Folge dessen habe ich anderwärts meine Einkäufe gemacht, da ich wegen verkehrter und verspäteter Lieferung auf die Jhrige verzichtete. Ich nehme die Waare unter keinen Umständen mehr an, indem ich keine Verwendung mehr habe dafür." Die Klägerin ließ sich dieses Vorgehen nicht gefallen, denn sobald sie von der Post die Nachricht von der Annahmeverweigerung empfangen hatte, schrieb sie dem Beklagten, daß er überall keinen Grund zum Rücktritt vom Vertrage habe. „Im Gegentheil, Sie „hätten durch ein klein wenig Coulanz uns „viel Arbeit und Unannehmlichkeiten ersparen „können. Wir sind Ihnen doch gewiß sehr „entgegengekommen, indem wir Ihnen Ihre „Waare nochmals anfertigten, bloß weil Sie „mit der Firma Gebrüder Diggelmann nicht „auf gutem Fusse zu stehen scheinen. Zum „Ueberfluß haben wir Sie hievon auch noch „mit unserer Karte vom 23. Juni benach„richtigt, worauf Sie uns nicht antworteten „und somit Ihr Einverständniß stillschweigend „damit zu erkennen gaben. Wir werden die

„Waare unter keinen Umständen zurücknehmen „und haben die Post beauftragt, wenn Sie die „Annahme der Waare noch weiter verweigern „sollten, die Packete einem Spediteur auf „Lager zu geben, woselbst solche auf Ihre „Kosten bleiben werden. Am Fälligkeitstage „unserer Factur werden wir dann schon zu „unserem Gelde zu kommen wissen.“

Der Beklagte ließ diesen Brief uneröffnet zurückgehen, worauf Klägerin der Post Anweisung ertheilte, die Waaren auf Kosten und Gefahr der unrechthabenden Partei bei Spediteur Walter junior in Zürich zu hinterlegen und daraufhin gegen den Beklagten Klage auf Zahlung des Kaufpreises einleitete. Der Letztere bestritt den Klaganspruch, weil Klägerin in Erfüllungsverzug gerathen und ihm daraus laut den Art. 123 und 234 des O.-R. die Befugniß zum Rücktritt vom Kaufvertrage erwachsen sei. Eventuell behielt er sich vor, die Waare zu prüfen und allfällige auf deren Beschaffenheit bezügliche Reclamationen geltend zu machen. Das Bezirksgericht Zürich hieß indeß die Klage sofort gut und legte dem Beklagten Kosten und Entschädigung auf. Dieser legte aber gegen das Urtheil Berufung an die erste Instanz ein und suchte in der Appellationsverhandlung um Gutheissung derselben und Verwerfung der Klage nach, währenddem die Klägerin den Antrag auf Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils stellte.

Entscheidungsgründe:

1. Es ist unbestritten, daß der Beklagte im Januar d. J. der Klägerin eine Partie Posamenteriewaaren bestellt hat, daß am 3. Juli die Waare facturirt und dem Beklagten am 12. Juli zugekommen, von demselben aber refusirt worden ist. Die Klägerin verlangt nun Bezahlung des Kaufpreises, welcher laut Factur 176 M. 70 Pf. = 220 Fr. 85 Cts. beträgt und es ist der Klaganspruch gutzuheißen, sofern nicht denselben beseitigende Einreden dem Beklagten zur Seite stehen.

2. In erster Linie ist geltend gemacht worden, die Klägerin befinde sich im Erfüllungsverzug, was den Beklagten berechtige, ohne Weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Die Parteien gehen nämlich darüber einig, daß vereinbart worden sei, die Waare solle „im Juni“ geliefert werden. Der Beklagte behauptet, dieser Lieferungstermin sei in dem Sinne festgesetzt worden, daß, sofern derselbe nicht genau inne gehalten werde, das Geschäft dahinfalle. Diese Absicht der Contrahenten muß gemäß Art. 123 des Schweiz. O.-R. aus dem Vertrag klar und deutlich hervorgehen, allein eine so weitgehende vertragliche Vereinbarung läßt sich aus der Bestimmung „lieferbar Juni“ nicht herleiten; nicht jeder Lieferungsvertrag mit bestimmter Erfüllungszeit oder Erfüllungsfrist darf als Fixgeschäft angesehen werden; es muß nach der Verabredung die Erfüllungszeit als wesentliche Bedingung des Geschäftes erscheinen, sodaß eine spätere Erfüllung nicht mehr als Vertragserfüllung gilt. Die deutsche Gerichtspraxis verneint das Vorhandensein eines Fixgeschäftes, wenn eine an sich bestimmte Erfüllungszeit ohne weitern Beisatz verabredet wird, speciell auch in den Fällen, wo nur vereinbart wird, die Lieferung solle erfolgen im „April, Mai, Juni etc.“ (Vergleiche die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes zu Art. [illegible] des D. H.-G.-B. bei Fuchsberger).

3. Nun macht aber der Art. 234 des Schweiz. O.-R. von dem allgemeinen Grundsatz des Art. 123 eine Ausnahme, indem er für den kaufmännischen Verkehr die dem deutschen Handelsgesetzbuch fremde Vermuthung aufstellt, daß wenn ein bestimmter Lieferungstermin verabredet sei, die Contrahenten ein Fixgeschäft gewollt haben. Diese Bestimmung findet allerdings auf den vorliegenden Fall Anwendung, da wir es mit einem Verkehr zwischen Kaufleuten zu thun haben, welcher darin besteht, daß der Beklagte zum Behufe des Wiederverkaufs gekauft hat. Allein jene Vermuthung kann entkräftet werden durch den Nachweis, daß die Contrahenten die verabredete Erfüllungszeit oder Frist nicht als wesentlich betrachtet haben.

4. Die Frage, ob ein solcher Nachweis im vorliegenden Falle erbracht sei, ist mit der ersten Instanz zu bejahen. Dieselbe hat ganz richtig ausgeführt, daß die Absicht, ein Fixgeschäft abzuschließen, weder aus der Beschaffenheit der Waare, noch aus den begleitenden Umständen hervorgehe. Es ist gewi[illegible]

unerklärlich, weßhalb der Beklagte diese Posamenteriewaaren, welche erst noch verarbeitet werden mußten, gerade im Juni hätte haben sollen, während seine Konkurrenten, die Gebr. Diggelmann, in einem bei den Akten liegenden Brief sich darüber beklagten, daß ihnen die gleiche Waare schon im Juni statt erst im August oder September zugeschickt worden sei. Der Vertreter des Beklagten hat heute allerdings den Beweis anerboten, daß dieser in Folge Nichteintreffens der Lieferung im Juni andere Waare habe kaufen müssen und sich hiefür auf die betreffenden Facturen berufen; allein dieses Beweisanerbieten ist schon deßhalb völlig unerheblich, weil aus den Facturen unmöglich hervorgehen kann, ob die Waare wirklich als Ersatz für die ausgebliebene Lieferung angeschafft worden ist. Gegen die Annahme eines Fixgeschäftes spricht besonders das Verhalten des Beklagten nach Empfang des Briefes vom 23. Juni, in welchem die Kläger mittheilten, daß sie statt der irrthümlich an Gebrüder Diggelmann abgegangenen Lieferung eine neue effectuiren werden. Es hätte in seiner Pflicht gelegen, hierauf zu antworten und zu sagen, daß er genau Innehaltung des Lieferungstermines verlange. Sein Stillschweigen beweist deutlich, daß es ihm gar nicht darum zu thun war, daß die Lieferung noch rechtzeitig erfolge, wie er denn auch schon im Brief vom 21. Juni einfach erklärt hatte, er verzichte auf die Lieferung, nicht etwa wegen Verspätung, sondern weil dieselbe an *Gebrüder* Diggelmann erfolgt war; den erstern Standpunkt nahm er erst im Brief vom 15. Juli ein und auch dort wurde noch die „verkehrte" Lieferung betont.

5. Da nach dem Gesagten die Verhältnisse gegen ein Fixgeschäft sprechen, muß die Vermuthung des Art. 234 des Schweiz. O.-R. fallen und ist das vorliegende Geschäft nach den gewöhnlichen Bestimmungen über den Erfüllungsverzug bei zweiseitigen Verträgen zu beurtheilen. Nun hat es aber der Beklagte unterlassen, die durch Art. 122 des O.-R. vorgeschriebene Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung vorzunehmen, was zur Folge hat, daß er nicht einseitig vom Vertrage zurücktreten kann.

6. Das Recht der Mängelrüge kann dem Beklagten nicht mehr zugestanden werden. Es ist schon mehrmals entschieden worden, daß wenn die Annahme der Waare aus andern Gründen verweigert worden und die rechtzeitige Prüfung der Waare unterblieben ist, diese nicht mehr nachgeholt werden kann, wenn sich jener Grund der Annahmeverweigerung als unstichhaltig erweist.

Schluss:

1. Die Appellation des Beklagten ist unbegründet und derselbe demnach verpflichtet, an die Klägerin 176 M. 70 Pf. oder 220 Fr. 85 Cts. zu bezahlen.
2. Die zweitinstanzliche Staatsgebühr ist auf 30 Fr. festgesetzt.
3. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten sind dem Beklagten aufgelegt.
4. Derselbe hat die Klägerin in beiden Instanzen mit 65 Fr. prozessualisch zu entschädigen.
5. Mittheilung.

Anmerkung der Redaktion: Das Urtheil nimmt an, es handle sich um einen kaufmännischen Verkehr und ebenso sei ein bestimmter Lieferungstermin verabredet worden, es liegen also die beiden Voraussetzungen vor, an deren Vorhandensein der Art. 234 die Vermuthung knüpft, daß die Contrahenten dem Käufer die Befugniß haben einräumen wollen, beim Verzug des Verkäufers ohne Weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Davon ausgehend, konnte es sich nur noch fragen, ob diese Vermuthung durch den Gegenbeweis entkräftet sei oder nicht. Der Richter nahm die Entkräftung der Vermuthung an und wir wollen nun nicht darüber streiten, ob dieß mit Recht geschehen sei oder nicht. Opponiren aber möchten wir dagegen, daß Erwägung 4 des Urtheils im Eingange wesentlich darauf abstellt, daß die Absicht, ein Fixgeschäft abzuschließen, weder aus der Beschaffenheit, noch der Bestimmung der Waare, noch aus den den Kaufabschluß begleitenden Umständen hervorgehe. Das ist ganz richtig, aber selbstverständlich nur geeignet, die Nichtanwendbarkeit von Art. 123 darzuthun, niemals aber als Gegenbeweis zur Entkräftung der in Art. 234 aufgestellten Rechtsvermuthung

verwerthet zu werden. Zieht man aus dem Nichtvorhandensein von Momenten, welche die auf ein Fixgeschäft gerichtete Absicht positiv zu beweisen im Stande wären, nicht bloß den Schluß, daß eben ein solcher Beweis nicht vorliege und folglich die Anrufung des Art. 123 unbegründet sei, sondern erblickt man darin auch gleichzeitig einen positiven Gegenbeweis gegen die in Art. 234 aufgestellte Rechtsvermuthung, so kommt das einer völligen und absoluten Negation dieser Vermuthung gleich, weil das Resultat einer derartigen Construktion eben das ist, daß überall da, wo der Art. 123 Mangels des erforderlichen Beweises nicht zur Anwendung gelangen kann, auch die Möglichkeit ausgeschlossen ist, die Natur des Geschäftes als eines Fixgeschäftes aus dem Art. 234 abzuleiten. Der Gesetzgeber stellt in dem letztcitirten Artikel für *den Kauf als Handelsgeschäft* den absolut allgemeinen Satz auf, daß die Verabredung eines bestimmten Lieferungstermines bis zum Nachweise eines anderweitigen Vertragswillens als Festsetzung eines Fixtermines ausgelegt werden soll. Das Motiv zu dieser Bestimmung kann nicht in der Betrachtung gelegen haben, daß sich alle oder wenigstens die größte Zahl der kaufmännischen Lieferungsgeschäfte von vornherein als Fixgeschäfte präsentiren, indem entweder die Natur der Waare als einer solchen, die erfahrungsgemäß erheblichen Preisschwankungen unterliege, oder der Zweck des Vertrages oder die den Abschluß desselben begleitenden Umstände darauf hinweisen, daß die Contrahenten der Erfüllungszeit jene wesentliche Bedeutung haben beilegen wollen, denn diese Auffassung hätte ja gerade zum gegentheiligen Resultat, nämlich dazu führen müssen, sich mit dem Art. 123 zu begnügen und die Vermuthung des Art. 234 als überflüssig nicht aufzustellen, was, beiläufig bemerkt, nach unserer Meinung auch das weitaus Bessere gewesen wäre. Der Gesetzgeber muß bei Aufstellung dieser Vermuthung vielmehr davon ausgegangen sein, daß zwar die Festsetzung eines bestimmten Lieferungstermines im Handelsverkehr erfahrungsgemäß beinahe immer in der Meinung stattfinde, daß der Fortbestand des Geschäftes selbst von dessen Innehaltung abhängig sein soll, dieser Wille aber in den wenigsten Fällen speciell ausgesprochen werde oder sich in positiv nachweisbarer Art aus den Umständen ergebe und derselbe gerade deßhalb durch eine entsprechende Vermuthung geschützt werden müsse. Ist aber diese Auffassung richtig, so liegt darin ein neuer Beweis dafür, wie falsch und mit dem Art. 234 unverträglich es ist, wenn man das Nichthervortreten der auf ein Fixgeschäft gerichteten Absicht aus Inhalt, Zweck und Gegenstand des Vertrages als ein die Vermuthung des Art. 234 entkräftendes Moment taxirt. Man nahm an, daß jeder Handelsverkehr, nicht nur derjenige mit Börsenpapieren und andern schwankenden Werthen in der Regel eine exakte und präcise Innehaltung des vereinbarten Lieferungstermines erfordere und dehnte deßhalb auch die Vermuthung ganz allgemein auf diesen Verkehr aus, weßhalb es nicht angeht, dieselbe auf Umwegen auf gewisse Specialitäten dieses Verkehres einzuschränken, was dann geschieht, wenn man aus dem Nichtvorhandensein dieser Specialitäten ein Moment gegen die erwähnte Vermuthung ableitet.

Auslegung von Art. 104 des O.-R.

Zeitliche Rechtsanwendung.

Der Kläger, welcher dem Beklagten im Jahre 1879 ein Darleihen im Betrage von 1500 Fr. gemacht und dafür einen Schuldschein empfangen hatte, belangte den Letztern im vergangenen Jahr (1885) auf Rückgabe dieses Schuldscheines oder Bezahlung des Schuldbetrages von 1500 Fr., indem er vorbrachte: Die Ehefrau des Beklagten, deren Pathe er sei, habe ihn im Frühjahr 1881 besucht, bei diesem Anlaß auseinandergesetzt, daß der fragliche Schuldschein bei ihm, als einem alleinstehenden 80jährigen Mann nicht gut aufgehoben sei, und sich anerboten, solchen in ihre Verwahrung zu nehmen, worauf er ihr denselben übergeben habe. Auf sein späteres Begehren um Rückgabe des Titels habe dann aber der Beklagte geantwortet, der Schein sei zurückgegeben und daher die

Schuld getilgt. Der Letztere bestritt diese ganze Darstellung und behauptet vielmehr, daß er die 1500 Fr. nebst Zins 14 Tage vor dem Martinstag des Jahres 1884 zurückbezahlt und daraufhin die Schuldurkunde vom Kläger zurückempfangen habe, seither sei dieselbe verloren gegangen.'

Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen. Der zweitinstanzlichen Begründung etnehmen wir folgende Sätze:

1. Kläger fordert von dem Beklagten Rückgabe eines Schuldscheines über Fr. 1500 oder den Betrag von Fr. 1500 sammt 4½ % Zins verfallen mit 1. Mai 1885, indem er behauptet, den fraglichen Schein der Frau des Beklagten lediglich zur Aufbewahrung übergeben zu haben. Der Beklagte dagegen behauptet, den Schein bei Anlaß der Abzahlung der Schuld von dem Kläger als Beweismittel für die Tilgung der letzteren erhalten zu haben. Da ein Streit darüber nicht besteht, daß der Beklagte in den Besitz des Schuldscheines gelangt ist, so spricht gemäß Art. 104 die Vermuthung dafür, daß die Schuld getilgt sei, besteht aber die Schuld nicht mehr, so ist auch der Kläger nicht mehr berechtigt, den Schein zurückzufordern. — Daß der vorliegende Streit nach dem Obl.-R. und nicht nach dem zürcher. kantonalen Rechte zu entscheiden ist, kann, abgesehen davon, daß die Frage keine praktische Bedeutung hat, da in ähnlichen Fällen die zürcher. Gerichtspraxis immer eine Vermuthung für die Tilgung der Schuld angenommen hat, wohl keinem Zweifel unterliegen, obschon die Schuldverpflichtung noch vor Inkrafttreten des Obl.-R. entstanden ist, denn es handelt sich hier um einen *allgemeinen* Erlöschungsgrund der Obligation, nicht um einen solchen, welcher als Consequenz des Vertrages zu betrachten ist, in welchem Falle allerdings nach der richtigen Ansicht das kantonale Recht, unter dessen Herrschaft die Verpflichtung entstand, zur Anwendung kommen müßte. Die vom Beklagten aufgestellte Behauptung der Zahlung ist eine selbständige juristische Thatsache, welche in ihren Folgen und Wirkungen nach den Bestimmungen des neuen Gesetzes, wenn sie unter dessen Herrschaft erfolgt ist, beurtheilt werden muß. Die Bestimmungen des O.-R. über die Folgen und Wirkungen der Zahlung einer Obligation müssen deshalb auf alle Zahlungen angewendet werden, welche unter seiner Herrschaft geleistet werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Zahlung für eine Forderung geschieht, die bereits unter dem früheren Gesetz begründet war oder für eine solche, welche erst seit 31. Dezember 1882 entstand, und es werden hiedurch keine wohlerworbenen Rechte der Parteien verletzt.

2. Es läßt sich aber fragen, ob die Thatsache der Zahlung wirklich nach dem 1. Jan. 1883 eingetreten ist. Es wird dieß von dem Beklagten behauptet, Kläger aber will den Schuldschein schon früher der Frau des Beklagten in Verwahrung gegeben haben. Ueber den Zeitpunkt der Rückgabe herrscht also Streit, indessen kann dieß die Anwendung des Obl.-R. nicht hindern, denn Art. 904 bestimmt, daß wo der Richter im Zweifel darüber sei, zu welcher Zeit eine Handlung vorgenommen worden, die Vermuthung für die Anwendbarkeit des neuen Gesetzes spreche.

3. Es ist darauf hingewiesen worden, daß das thatsächliche Fundament der Einrede der Zahlung weder zugegeben noch bewiesen sei, weil ja die Darstellung des Beklagten, er habe den Schein auf die kurz vor Martini 1884 erfolgte Zahlung hin erhalten, vom Kläger nicht anerkannt worden sei, und der Beklagte sich auch nicht im Besitze des Scheines befinde, Art. 104 aber nur unter dieser Voraussetzung die Vermuthung der geschehenen Zahlung ausspreche. Der Beklagte hätte also den Beweis für die Richtigkeit seiner Darstellung zu leisten gehabt und da er ihn nicht geleistet, sei derselbe mit der Einrede der Zahlung abzuweisen und die Klage gutzuheißen. — Allein dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, denn eine solche Auffassung des Inhalts des Art. 104 ist als eine zu enge zu bezeichnen. Wäre diese Ansicht richtig, so wäre die Bestimmung des genannten Artikels rein illusorisch, denn in jedem Falle, wo der Gläubiger dem Schuldner den Schuldschein zurückgegeben hat, könnte sich der Gläubiger dadurch, daß er behauptete, er habe den Schein nur zur Einsicht, zur Vornahme einer Abschrift u. s. w. dem Schuldner übergeben, den Folgen, welche das Gesetz

an die Rückgabe knüpft, entziehen und den Schuldner in die Lage bringen, den Beweis der Zahlung leisten zu müssen, obschon derselbe im Besitze des Schuldscheines ist oder wenigstens war. — Dieß ist aber nicht der Sinn des Gesetzes, welches klar sagt, daß die Thatsache der Rückgabe des Schuldscheines die Vermuthung begründe, daß die Schuld getilgt sei. Daß aber die Rückgabe im vorliegenden Falle erfolgt ist, ist ja nicht bestritten. Sodann wird nachgewiesen, daß es dem Kläger nicht gelungen sei, die gesetzliche Vermuthung durch den Gegenbeweis zu entkräften. (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 15. Dezember 1885. Lips c. Meier.)

Eheliches Güterrecht.

Eine Ehefrau vindicirte 55 Centner Heu, welche für eine Schuld ihres Ehemannes eingepfändet worden waren und zwar einfach gestützt auf die Thatsache, daß dieses Heu den Ertrag der ihr eigenthümlich zustehenden Liegenschaften bildete. Das Bezirksgericht hieß die Klage gut, davon ausgehend, daß sich das Nutznießungsrecht des Ehemannes am Vermögen seiner Frau, aus welchem der Beklagte den Eigenthumserwerb desselben an dem fraglichen Heu ableiten zu können glaubte, — nur auf die *Netto*erträgniße des landwirthschaftlichen Gewerbes der Klägerin erstrecke, von solchen aber nicht gesprochen werden könne, weil der Werth der landwirthschaftlichen Früchte kaum ausreiche, um die auf dem Gewerbe haftenden grundversicherten Schulden zu verzinsen. Die zweite Instanz entschied im entgegengesetzten Sinne. Sie wies die Klage ab

aus folgenden Gründen:

Die Eigenthumsansprache kann nicht gutgeheißen werden. Es handelt sich um Früchte der im Eigenthum der Klägerin stehenden Liegenschaften und diese sind nun unzweifelhaft Kraft des dem Ehemann am Vermögen seiner Frau zustehenden Nutznießungsrechtes mit der Trennung vom Grund und Boden ipso jure ins Eigenthum des letztern übergegangen, zumal nicht behauptet worden ist, daß der Ehemann Willi jemals mit gerichtlicher Bewilligung auf sein ehegüterrechtliches Nutznießungrecht verzichtet habe und Klägerin erstinstanzlich auch nicht geltend gemacht, noch weniger aber zum Beweise verstellt hat, daß der Ehemann Willi für den Unterhalt von Frau und Kindern und ihre laufenden Verpflichtungen nicht gehörig sorge, darauf aber nichts ankommt, ob er allein alle Ausgaben der Haushaltung aus seinem Erwerbe habe bestreiten können oder nicht. (Siehe §§ 142, 636, 164, 165 und 143 des Priv. G.-B. und Ullmers Suppl.-Bd. 2738, Erwäg. 2). Die Annahme des Bezirksgerichtes, daß sich das Nutznießungsrecht des Ehemannes naturgemäß auf die *Netto*erträgniße ihres landwirthschaftlichen Gütercomplexes beschränke, findet im Gesetze überall keinen Anhalt, sondern steht im völligen Widerspruch mit demselben. Object des ehemännlichen Nießbrauches ist das *ganze* Vermögen der Frau mit Activen und Passiven als einer universitas rerum (§ 142 des Priv. G.-B.) und das hat natürlich zur Folge, daß der Ehemann, der die Früchte zieht, anderseits auch alle auf dem nutznießungspflichtigen Vermögen haftenden Kapitalschulden verzinsen muß. (§ 746, I. Theil des Priv. G.-B.) Das Verhältniß liegt also überall nicht so, wie es die erste Instanz ansieht, daß der Mann einerseits die Früchte der Liegenschaften bezieht, und die Frau anderseits die auf denselben haftenden Kapitalschuldden verzinsen müßte, worin man allenfalls eine Ungerechtigkeit finden könnte, sondern beides, der Fruchtbezug auf der einen und die Verzinsung der Kapitalschulden auf der andern Seite ist Sache des Ehemannes und höchst einfache Consequenz des Satzes, daß sich als Object seiner Nutznießung nicht die einzelnen Grundstücke der Ehefrau, sondern ihr ganzes Vermögen als solches darstellt. Im Uebrigen kann auf die ganz gleichen Ausführungen der Appellationskammer in einem Falle verwiesen werden, welcher in No. 7 der handelsrechtlichen Entscheidungen, Jahrgang 1884, pag. 105 und 106 abgedruckt ist. (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 26. Dezember 1885. Willi ca. Herzog).

Kleine Nachrichten.

I.

Ein Principal verweigerte seinem gewesenen Angestellten die Lohnzahlung für 10 Tage, während welcher derselbe im Militärdienst gewesen war, er wurde aber zur Zahlung verpflichtet, weil jener Militärdienst ein Wiederholungskurs war, den der Beklagte mitmachen mußte und der nur kurze Zeit dauerte, während das zwischen den Parteien bestandene Vertragsverhältniß auf längere Dauer berechnet war. (Art. 341 des O.-R.) (15. Dezember 1885. Ringger c. Kündig).

II.

Der nämliche Angestellte belangte seinen Principalen, von dem er plötzlich entlassen worden war, auf Zahlung des Lohnes für weitere 6 Wochen vom Entlassungstage an als Schadenersatz. (Art. 343, Abs. 2 und 346, Absatz 3 des O.-R.) Während dieser ganzen 6 Wochen war derselbe wiederum im Militärdienst gewesen, er hatte die Hauptmannschule gemacht. Der Schadenersatzanspruch wurde im Principe für begründet erklärt, jedoch quantitativ auf die Hälfte (von 300 Fr. auf 150 Fr.) reducirt und zur Begründung dieser Reduction unter Anderm angeführt: Es fällt in Betracht, daß der Kläger sich bis Ende Juni im Militärdienst befand und da dieser ein freiwilliger und verhältnißmäßig lang andauernder war, muß angenommen werden. es wäre der Beklagte, falls das Vertragsverhältniß fortgesetzt worden wäre, berechtigt gewesen, wenigstens einen Abzug am Salair zu machen. (Art. 341 des O.-R.)

III.

Zur Freigebung der Advocatur. In einer Audienzverfügung eines Gerichtspräsidenten wurde ein Parteivertreter, der sich selbst Fürsprech nennt, als „Agent" bezeichnet. Auf dem Empfangschein für die Verfügung schrieb der Betroffene: „Die Gemeinheit „Agent" verbitte mir". Diese Bemerkung wurde als eine Verletzung des Anstandes mit 20 Fr. Ordnungsbuße belegt. Die Rekurskammer des Obergerichtes bestätigte diese Buße und sprach sich im weitern dahin aus: Es mag dahin gestellt bleiben, ob die Bezeichnung „Agent" für einen Parteivertreter von der Qualität des Rekurrenten zutreffend oder passend sei; jedenfalls kann nicht jeder Parteivertreter, der sich Fürsprech oder Advokat zu nennen beliebt, von den Gerichten verlangen, daß sie ihm die gleiche Qualifikation beilegen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. März 1886. V. Band. № 4.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweier, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
der
Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes
vom 19. Dezember 1885
in Sachen
des *J. Müller-Weber* zur Neuhardmühle in Außersihl, Klägers und Appellanten,
gegen
die *Stadt Zürich,* Beklagte und Appellatin,
betreffend Nachbarrecht.

Einsprache gegen die Benutzung eines öffentlichen Gewässers als Aufnahmsgebiet für Schmutzwasser, geltend gemacht von dem Besitzer eines Wasserwerkes aus dem Gesichtspunkt einer Verletzung der ihm concedirten Wasserrechte und der Beeinträchtigung ihm zustehender reiner Privatrechte.

Thatsächliches:

A. Im Oktober 1876 wurde der Stadt Zürich die staatshoheitliche Bewilligung zur Erstellung eines beweglichen Nadelwehres quer über die Limmat beim Drahtschmiedli, zur Anlage eines Kanales von diesem Wehr bis zum Lettengut in Wipkingen und zur dortigen Ausführung eines Wasserwerkes mit Turbinenanlage ertheilt. Schon damals war bezüglich der Abführung des städtischen Schmutzwassers das System der Canalisation eingeführt und es mündeten die beiden Schmutzwasserkanäle beim Schlachthaus und beim Bahnhofplatz in die Limmat. Da indessen das concedirte Nadelwehr eine bedeutende Stauung des Limmatwassers bewirkte, und diese Stauung mit Rücksicht auf die nahe gelegenen Ausmündungsstellen der beiden Schmutzwasserkanäle gesundheitsschädliche Ausdünstungen des Schmutzwassers ermöglichte und beförderte, wurde der Stadt Zürich gleichzeitig aufgegeben, das Letztere in geschlossenem Kanal bis zur Wipkingerbrücke und daselbst in den Stromstrich der Limmat zu führen. Sofort wurde ein bezügliches Projekt ausgearbeitet und der Regierung zur Genehmigung vorgelegt; diese verlangte indeß vorerst Ausschreibung und Fristansetzung zur Erhebung von Einsprachen und nachdem beides durch das Statthalteramt geschehen und auch eine Reihe von Einsprachen, worunter eine solche vom heutigen Kläger erfolgt waren, entschied der Regierungsrath unterm 28. August 1878, gestützt auf ein Gutachten des Sanitätsrathes, dahin, daß die Ausmündung des Schmutzwasserkanales in

der Nähe der Wipkingerbrücke *nicht* gestattet werde, dieselbe vielmehr unterhalb das Hardhüsli (d. h. bedeutend weiter limmatabwärts) verlegt werden müsse. Im Dezember wurde eine etwas weiter stadtwärts gelegene Ausmündungsstelle provisorisch bewilligt und das neue Projekt öffentlich ausgeschrieben. Dieses sah aber nicht nur die Anlage und Führung des eigentlichen Schmutzwasserkanals bis zu der provisorisch bewilligten Ausmündungsstelle, sondern im Weitern auch die Anlage eines sogen. Noth- oder Gewitter-Auslaufes oberhalb der Wipkingerbrücke vor. Gegen den Letztern protestirte der Kläger, die Beklagte erklärte aber, daß derselbe durchaus nicht zur Ableitung von *Schmutz*wasser, sondern lediglich für die Entwässerung des Limmatquartiers und als Ueberlauf bei starken Gewittern dienen soll, worauf ihr dessen Anlage unter der Bedingung bewilligt wurde, daß derselbe gemäß dieser Erklärung zu keiner Zeit als eigentlicher Auslauf des Schmutzwasserkanals benutzt werden dürfe. Auch dem Hauptprojekt wurde die staatliche Bewilligung ertheilt, allein dieses gelangte nicht zur Ausführung, wohl aber wurde der sogenannte Nothauslauf bei der Wipkingerbrücke erstellt und nachdem dieß geschehen, stellte der Stadtrath ein Revisionsgesuch dahin gehend, es möchte der frühere Beschluß betreffend Verlegung des Auslaufes bis gegen das Hardhüsli aufgehoben und die Ausmündungsstelle des Schmutzwassers wenigstens provisorisch an der Ausmündungsstelle des sogenannten Nothauslaufes bewilligt werden. Dieses Gesuch blieb lange liegen. Am 1. Juni 1881 erließ der Regierungsrath eine Verordnung über die Reinhaltung der Gewässer und im Anschlusse daran setzte die Sanitätsdirection in einer Verfügung fest, welche Mengen verschiedener Substanzen in einer Million Gewichtstheilen Wasser enthalten sein dürfen. Davon ausgehend, daß nun einfach diese beiden Erlasse maßgebend seien für die Frage, wo das Schmutzwasser in die Limmat geleitet werden dürfe, schrieb der Regierungsrath das Revisionsgesuch der Stadt unterm 11. Oktober 1881 einfach als erledigt ab und gab der Letzteren auf, in Anlehnung an jene beiden Erlasse ein neues Project vorzulegen. Dieß geschah am 27. November 1882 und zwar ging das Project abermals dahin, den Kanalauslauf unmittelbar oberhalb der Wipkingerbrücke an Stelle des bisherigen Nothauslaufes anzubringen, immerhin aber in der Weise, daß von einem am Ufer angebrachten Sammelkasten 3 ungleich lange Röhren das Wasser unterhalb dem Flußbett bis in die Mitte der Flußströmung führen sollten. Da der Regierungsrath auf Grund angestellter sachverständiger Untersuchungen zu dem Resultate gelangte, daß die Verunreinigung des Wassers an der projectirten Auslaufstelle den durch die Verordnung über Reinhaltung der Gewässer vom 1. Juni 1881 und das anschließende Regulativ der Sanitätsdirection vorgesehenen Maximalgrad nicht erreiche, genehmigte er das Project durch Beschluss vom 10. Februar 1883 mit dem Vorbehalt, daß wenn sich in Zukunft Uebelstände zeigen sollten, die Verlegung des Auslaufes verlangt werden könne.

B. Ein Gesuch des Klägers um Wiedererwägung und Aufhebung dieser Schlußnahme blieb erfolglos und nunmehr glaubte er den Schutz der Gerichte anrufen zu sollen. Er wurde klagbar gegen die Stadt Zürich als Erstellerin des Kanals, indem er dessen Verlegung weiter limmatabwärts verlangte. Sein Interesse an einer derartigen Verlegung hat seinen Grund in dem Umstand, daß Kläger am linken Ufer der Limmat, unterhalb der Wipkingerbrücke, nicht gar weit von dem bewilligten Kanalauslauf entfernt, ein Mühleetablissement mit staatlich concedirten Wasserwerksanlagen nebst Wohnhaus, Scheune und landwirthschaftlichen Grundstücken besitzt. Er behauptete, seine Wasserwerksanlagen werden vom Schmutzwasser angegriffen und geschädigt, was er sich kraft seines Eigenthums an denselben nicht gefallen lassen müsse. Das Wasser verbreite der Gesundheit von Menschen und Vieh schädliche Dünste, wogegen er gemäß § 617 des pr. G.-B. den gerichtlichen Schutz anrufen könne, eventuell sei diese Benutzung des Wassers, wenn nicht gesundheitsschädlich, so doch übermäßig und folglich auf Grund des § 619 des pr. G.-B. zu verbieten. Auch der § 620 könne von ihm angerufen werden und endlich sei das

Klagebegehren begründet, weil das unreine Wasser durch das Uferland in einen Sodbrunnen sickere und dadurch die Benutzung desselben verunmögliche.

C. Die Beklagte bestritt zunächst die Competenz der Gerichte zur Beurtheilung der aufgestellten Streitfrage, weil nur die Administrativbehörden zuständig seien, darüber zu entscheiden. Eventuell verlangte sie Abweisung der Klage angebrachtermaßen, weil nicht nur städtisches Schmutzwasser durch den Kanal abgeleitet werde, sondern auch solches verschiedener Außengemeinden von Zürich und somit diese ebenfalls hätten ins Recht gefaßt werden sollen und sodann aus dem weiteren Grunde, daß, wenn überhaupt eine Beeinträchtigung klägerischer Privatrechte bewirkt werde, diese nicht ihr, sondern dem Staate zur Last falle, weßhalb nur der Letztere passiv legitimirt wäre. In der Sache selbst wurde jede Rechtsverletzung negirt und namentlich bestritten, daß Kläger sich auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen der §§ 617 bis und mit 620 des pr. G.-B. über „die schädliche Benutzung des Eigenthums" berufen könne.

D. Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage mit Urtheil vom 30. September 1885 ab, der Kläger aber erklärte die Berufung ans Obergericht und es fand die Appellationsverhandlung am 19. Dezember statt.

Entscheidungsgründe:

1. Die Beklagte hat der Klage schon erstinstanzlich die Einrede der Incompetenz entgegengehalten, indem sie den Standpunkt vertritt, daß es ausschließlich den Administrativbehörden zukomme, über die aufgestellte Rechtsfrage zu entscheiden, weil das Klagebegehren die Berechtigung der Stadt auf eine bestimmte Art der Benutzung eines öffentl. Gewässers in Frage stelle und nun anerkannten Rechtes sei, daß die Regulirung der Benutzung öffentl. Sachen ausschließlich in die Kompetenz der staatlichen Verwaltungsorgane gehöre. Dieser Auffassung kann indessen hierorts nicht beigetreten werden. Allerdings ist die Regulirung der Benützung öffentl. Sachen *zunächst* Sache derjenigen Administrativbehörden, denen die Ausübung der staatlichen Hoheit über diese Sachen zukommt. Sie sind es, welche allfällige Kollisionen zu schlichten und zu entscheiden haben, die zufolge der allgemeinen Jedermann zustehenden Benutzung der öffentlichen Sache unter denjenigen entstehen sollten, welche diese Benutzung für irgend welche Zwecke in Anspruch nehmen und ihrer Bewilligung bedarf es, um bestimmte, jenen allgemeinen Gebrauch einschränkende und vielleicht vorgängige Prüfung in Fluß- und gesundheitspolizeilicher Beziehung erheischende Benutzungsarten ausüben zu dürfen, gleichviel, ob dabei die Konstituirung eines förmlichen Privatrechtes an einzelnen Theilen der öffentl. Sache in Frage komme oder nicht. Allein damit ist noch lange nicht gesagt, daß die staatshoheitliche Bewilligung einer bestimmten Benutzung der öffentl. Sache einen unbedingten und absolut unanfechtbaren Titel für diese Benutzung bilde. Indem die Beklagte diesen Standpunkt einnimmt, geht sie viel zu weit. Jene Bewilligung ist nur eine solche vom Fluß- und gesundheitspolizeilichen Standpunkt aus, es kommt ihr lediglich die Bedeutung eines Entscheides dahingehend zu, daß der fraglichen Benutzung Hindernisse Fluß- und gesundheitspolizeilicher Natur nicht entgegenstehen und daß dieselbe somit von diesem Standpunkt aus bewilligt werde. Niemals aber liegt in einer derartigen staatlichen Bewilligung zugleich ein Entscheid darüber, daß der konzedirten Benutzungsart auch keine privatrechtl. Hindernisse entgegenstehen und folglich mit ihrer Ertheilung und kraft derselben auch alle Einsprachen aus dem Titel der Verletzung wohlerworbener Privatrechte beseitigt seien. Die Verwaltungsbehörden sind niemals berechtigt, über reine Privatrechte, bezw. über die Frage der Verletzung solcher und darüber zu entscheiden, ob und welche Ansprüche dem Verletzten aus dieser Verletzung erwachsen. Dieser Satz ist ein so selbstverständlicher und deßwegen auch allgemein und längst anerkannter, daß er einer besondern Begründung nicht bedarf, immerhin mag auf die ausdrückliche Anerkennung desselben verwiesen werden, welche indirekt ausgesprochen ist in den Bestimmungen der §§ 600 ff. des privatrechtl.

Gesetzbuches und dem § 5 des Gesetzes betr. die Benutzung der Gewässer und das Wasserbauwesen. Nun bezweckt aber die Klage gerade den Schutz reiner Privatrechte des Klägers und zwar den Schutz des Eigenthums an den Wasserwerksanlagen, Schutz in der ungestörten Benutzung seiner Gebäude und Schutz seines Eigenthums am Soodbrunnen. Die angebliche Verletzung dieser Privatrechte bildet den Titel, aus dem das Klagebegehren abgeleitet wird, dieses ist auf die Verlegung des fraglichen Auslaufes gerichtet, weil behauptet wird, daß letzterer einen kontinuirlichen unzuläßigen Eingriff in die genannten Privatrechte des Klägers erzeuge. Wenn von Seite des Vertreters der Beklagten in der Appellationsverhandlung angedeutet worden ist, daß die Letztere ihr Recht, den streitigen Kanalauslauf gerade an der Stelle zu haben, an welcher sich derselbe gegenwärtig befindet, bezw. die Limmat gerade an dieser Stelle als Aufnahmsgebiet für ihr Schmutzwasser zu benutzen, überall nicht aus einer staatlichen Konzession, sondern aus der regierungsräthlichen Verordnung über die Reinhaltung der Gewässer vom 1. Juni 1881 (offizielle Sammlung Bd. 20 pag. 258) und der an diese Verordnung sich anschließenden Verfügung der Sanitätsdirektion ableite, so ist das gerade so irrthümlich, wie die Schlußfolgerung, daß jede Benutzung eines öffentlichen Gewässers, die sich innert den Grenzen jener beiden Erlasse halte, gleichsam kraft dieser Erlasse und auf Grund derselben eine Art ex lege absolut und unbedingt gestattet sei, gleichviel, ob dieselbe Verletzungen von Privatrechten zur Folge habe oder nicht. Die regierungsräthliche Verordnung sowohl, als die Verfügung der Sanitätsdirektion haben lediglich den Charakter *polizeilicher* Vorschriften über die Benutzung öffentlicher Gewässer als Aufnahmsgebiet für größere Mengen unreiner Stoffe etc., auf Grund welcher Vorschriften diese Benutzung regulirt wird, da wo sie ohne vorherige Bewilligung versucht und geübt wird, verboten oder auf gestelltes Gesuch gestattet werden kann. Die Beklagte hat nun um specielle obrigkeitliche Bewilligung nachgesucht, dieselbe ist ihr auf Grund jener polizeilichen Vorschriften ertheilt worden und somit bildet auch diese Bewilligung den staatshoheitlichen Titel für die im Streite liegende Benutzungsart der Limmat. Allein dieser Titel reicht nur so weit als das Vergebungsrecht der Behörde, von der er ausgeht, und dieses ist eben beschränkt auf die Bewilligung aus Fluß- und gesundheitspolizeilichen Rücksichten, während dem dagegen die Privatrechte Dritter durchaus vorbehalten sind. Die Verordnung betr. die Reinhaltung der Gewässer ist nichts anderes als eine Ausführung des Gesetzes betr. die Gesundheitspflege (siehe § 2 lit. c dieses Gesetzes, § 5 desselben und § 10 der Verordnung betr. die örtlichen Gesundheitsbehörden). Daß aber eine Verordnung über die Ausführung eines reinen Polizeigesetzes über Privatrechte disponiren könne oder auch nur wolle, ist kaum anzunehmen.

2. Ist hienach davon auszugehen, daß die Zuständigkeit der Gerichte zur Beurtheilung und Entscheidung der vom Kläger aufgeworfenen Rechtsfrage begründet sei, so muß auf die Sache selbst eingetreten werden, und hier ist es nun zunächst die Einrede der mehreren Streitgenossen und der damit verbundene Antrag auf Abweisung der Klage angebrachtermaßen, welche einer nähern Prüfung zu unterstellen sind. Diese Prüfung führt jedoch zur Verwerfung der Einrede. Wie bereits erwähnt, erblickt die Klage in dem angefochtenen Kanalauslauf eine die Eigenthumsrechte des Klägers schädigende und verletzende Anstalt und bezweckt deßhalb die Beseitigung resp. Verlegung derselben; daraus aber folgt ohne Weiteres, daß auch der Besitzer dieser Anstalt, in deren Vorhandensein die Eigenthumsstörung liegen soll, der richtige Beklagte ist und als Besitzer stellt sich eben lediglich die ins Recht gefaßte Stadt Zürich dar. Sie ist unbestrittenermaßen alleinige Eigenthümerin des Kanals und sie hat allein, worauf es hier speziell ankommt, den angeblich eigenthumsstörenden Auslauf an der Stelle, an welcher er sich gegenwärtig befindet und die eigenthumsstörenden Wirkungen äußern soll, angebracht auf Grund einer staatshoheitlichen Bewilligung, welche sie allein nachgesucht und auch allein erhalten hat. Ob vermittelst

dieses Auslaufes bloß städtisches Schmutzwasser an der fraglichen Stelle in die Limmat gelangt, oder auch solches von Ausgemeinden der Stadt Zürich, ist dabei völlig gleichgültig, denn wenn auch allerdings dieses Wasser das verunreinigende und allfällig den Kläger schädigende Element ist, so liegt eben doch der eigentliche Grund und die Ursache der Verunreinigung, soweit ihre Einwirkung auf das klägerische Eigenthum in Frage kommt, in der örtlichen Lage des Auslaufes. Nicht die Verunreinigung des Limmatwassers an sich bildet den Angriffspunkt des Klagebegehrens, sondern die Verunreinigung an dieser Stelle und diese ist lediglich von der Beklagten gewählt, nur von ihr nachgesucht und nur ihr concedirt worden. Die Berechtigung der Außengemeinden von Zürich, ihr Schmutzwasser durch den städt. Kanal in die Limmat zu führen, bezw. diesen letztern für diesen Zweck zu benutzen, ist offenbar nur eine obligatorische und dieses obligatorische Verhältniß geht den Kläger nichts an, ihm gegenüber ist es lediglich die Beklagte, die theils eigenes, theils zufolge obligatorischer Verträge, für deren Wirkungen nach außen sie verantwortlich ist, fremdes Wasser an der beanstandeten Stelle in die Limmat führt.

Es liegt auch nicht vor, daß die Ausgemeinden einen Anspruch darauf erheben, oder zu erheben berechtigt wären, daß ihr Schmutzwasser gerade an der fraglichen Stelle und an keiner andern in die Limmat laufe. Da hienach die die Passivlegitimation begründende angebliche Eigenthumsstörung nur auf Seite der Beklagten und nicht auch gleichzeitig auf Seite der städtischen Ausgemeinden liegt, so sind die Letzteren mit Grund nicht mit ins Recht gefaßt worden, und muß die Einrede der mehreren Streitgenossen verworfen werden.

3. Die Beklagte hat nun aber den Antrag, es möchte die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden, auch noch damit begründet, daß, wenn durch das Vorhandensein des Kanalauslaufes an der beanstandeten Stelle überhaupt eine Beeinträchtigung der klägerischen Eigenthumsrechte bewirkt werde, solche nicht ihr, sondern dem Staate zur Last falle, also nur der Letztere passiv legitimirt sei und somit auch allein ins Recht gefaßt werden könne. Indessen ist auch dieser Standpunkt keineswegs durchschlagend. Derselbe beruht auf der falschen, bereits widerlegten Auffassung, daß die staatliche Konzession, oder wenn man mit der Beklagten die Verordnung betr. die Reinhaltung der Gewässer als staatshoheitlichen Titel für ihre Berechtigung betrachten wollte, diese ein unbedingtes, also auch aus privatrechtlichen Gründen unantastbares Recht für die Benutzung der Limmat als Aufnahmsgebiet des Schmutzwassers an der beanstandeten Stelle geschaffen haben und daß somit der Staat, wenn derselbe zur Begründung eines so weitgehenden Rechtes nicht befugt gewesen sei, für die Folgen seiner Handlung aufzukommen habe. Der Staat hat eben nur erklärt, daß der Anlage des Auslaufes an jener Stelle aus polizeilichen Gründen keine Hinderniße entgegenstehen und dieselbe somit von diesem Standpunkte aus gestattet werde, wobei der Vorbehalt allfälliger Privatrechte als selbstverständlich betrachtet und die Erledigung von Privateinsprachen als Sache des Conzessionsbewerbers angesehen wurde. Allein wenn auch der Staat eine unbedingte Berechtigung hätte einräumen wollen, so würde sie Mangels seiner Kompetenz dazu einfach nicht erworben worden sein und die Beklagte wäre nach wie vor diejenige, welche mit ihrem Auslauf die eigenthumsstörenden Einwirkungen veranlaßt hätte und die somit auch einzig auf Beseitigung der fraglichen Anstalt belangt werden könnte.

4. Was das Materielle der klägerischen Beschwerde anbetrifft, so wird zunächst davon gesprochen, daß das in die Limmat fließende Schmutzwasser zufolge der örtlichen Lage des Kanalauslaufes ausschließlich dem linken Ufer entlang gegen das Etablissement des Klägers fließe und dort zunächst die Holz- und Eisenbestandtheile seiner Wasserwerkanlagen, des fliegenden Wuhres, des Rechens, des Radgehäuses und des Räderwerkes in ihrer Substanz angreife und schließlich zerstöre. Vorausgesetzt nun aber auch, diese bestrittenen thatsächlichen Vorbringen seien richtig, so können dieselben doch nich'

zur Gutheißung der Klage führen. In Frage stehen nämlich Eingriffe in das Eigenthum des Klägers an den genannten Wasserwerksanstalten, als Folge einerseits einer gewissen Benutzung des öffentlichen Gewässers und andererseits des Umstandes, daß jene Anlagen dafür da sind, das öffentliche Wasser dem klägerischen Wasserwerk dienstbar zu machen und dieser Bestimmung wegen eben auch den Einflüssen desselben ausgesetzt sind. Nun ist aber zu beachten, daß der Kläger auf das Vorhandensein dieser Anstalten im Flußgebiet und auf die Benutzung des öffentlichen Gewässers mittelst derselben nur insoweit ein Privatrecht hat, als solches aus dem Titel der ihm ertheilten staatlichen Wasserrechtskonzession abgeleitet werden kann; denn daraus folgt mit Nothwendigkeit, daß er gegenüber Einwirkungen, die ihren Grund in einer gewissen Benutzung des öffentlichen Gewässers haben, auch nur insoweit Anspruch auf Schutz erheben kann, als ihm solcher durch jenen Titel, kraft dessen er seine Wasserwerksanstalten den Einflüssen des Wassers aussetzt, verliehen wird. Die Negatorienklage, abgeleitet aus dem Eigenthum an diesen Anstalten, ist hier nur gegeben im Umfange der Konfessorienklage zum Schutze des beschränkt dinglichen Rechtes an der öffentlichen Sache bezw. der analogen Klage des Wasserwerkbesitzers zum Schutz seiner concedirten Rechte. Die Frage stellt sich somit dahin, welcher Inhalt dem vom Kläger kraft seiner Wasserrechtskonzession erworbenen Privatrecht zukomme, speziell ob demselben mit diesem Rechte auch ein Anspruch auf eine gewisse Beschaffenheit des öffentlichen Gewässers, dessen Benutzung ihm verliehen worden, gegeben sei. Das Letztere muß indeß verneint werden, und es ist vielmehr der Umfang des concedirten Rechtes dahin zu fixiren, das Wasser der Limmat für ein bestimmtes Wasserwerk in dem Umfange, wie solcher durch die speziell concedirten Wasserwerksanlagen begrenzt ist und bezüglich seiner Beschaffenheit in dem Zustande zu benutzen, wie er eben geschaffen wird, einerseits durch die natürlichen Zuflüsse, welche das betreffende Gewässer bilden und anderseits durch die künstlichen, die mit staatlicher Bewilligung erstellt werden.

Die Benutzung der öffentlichen Gewässer bezw. ihrer Bette zur Aufnahme von überflüssigem, nicht verwendbarem Privatwasser liegt so sehr in der Natur der Sache und entspricht so sehr dem aus dem öffentlichen Charakter dieser Gewässer folgenden Zweck, möglichst vielen Interessen zu dienen, daß niemals an den Willen des Staates gedacht werden kann, dieselbe zu Gunsten von Wasserwerksbesitzern einschränken zu wollen.

Es kann dem Staat bei der Ertheilung von Wasserrechtskonzessionen vernünftigerweise nicht einfallen, dem Konzessionär einen gewissen Reinheitsgrad des Wassers zusichern zu wollen, ohne diesen Willen aber erwirbt der Letztere auch einen bezüglichen Anspruch nicht und ohne einen solchen Anspruch kann er nicht von Verletzung seines kraft Konzession erworbenen Privatrechtes sprechen, ungeachtet die Ausübung desselben durch den künstlichen Zufluß des Schmutzwassers vielleicht erschwert wird; die Anrufung der nachbarrechtlichen §§ 617 u. folg. des privatrechtlichen Gesetzbuches fällt bei der Annahme, daß es sich hier nicht um den Schutz eines *reinen* Privatrechtes, sondern lediglich um den Schutz eines aus des Hoheit des Staates abgeleiteten Rechtes handelt, von selbst dahin.

5. Im Weitern ruft der Kläger den gerichtlichen Schutz an in seiner Eigenschaft als Eigenthümer eines Mühle- und Wohngebäudes, nebst dazu gehörigem Scheunewesen, indem er geltend macht, daß die Benutzung des nachbarlichen Limmatbettes als Aufnahmegebiet für das städtische Schmutzwasser der Gesundheit von Menschen und Vieh schädlich sei, eventuell sich jedenfalls als eine übermäßige im Sinne des § 619 des privatr. Gesetzbuches darstelle und endlich auch wegen des Vorhandenseins der Voraussetzungen von § 620 des privatr. Ges.-B. verboten werden müsse. Allein die Klage kann auch von diesem Gesichtspunkte aus nicht gutgeheißen werden. Die §§ 617 bis und mit 620 des privatr. Ges.-B. stehen unter dem Titel: „Schädliche Benützung des *Eigenthums.*“ Das Limmatbett aber, um

dessen Benützung es sich hier handelt, steht als öffentliche Sache in Niemandes Eigenthum und daraus folgt, daß die genannten Gesetzesstellen auf dessen Benützung wenigstens keine *direkte* Anwendung finden; aber auch eine analoge Anwendung ist wenigstens bezüglich der §§ 617 und 619 ausgeschlossen, weil es sich hier um einen Schutz handelt, dessen Gewährung vor allem aus den Polizeibehörden obliegt und dessen eventuelle Gewährung durch den Richter sich als eine durchaus singuläre, der analogen Ausdehnung nicht fähige Vorschrift darstellt. Alle öffentlichen Sachen stehen unter staatlicher Hoheit, d. h. unter der ständigen Aufsicht und Controle derjenigen Administrativbehörden, denen die Ausübung dieser Hoheit obliegt und eine Hauptseite der letztern ist die polizeiliche. Jene Organe haben dafür zu sorgen, daß jede gesundheitsschädliche Benutzung eines öffentlichen Gewässers unterbleibe und jeder staatlichen Bewilligung einer besondern Benützungsart hat vor allem aus eine Untersuchung in polizeilicher Richtung vorauszugehen (siehe §§ 1 und 4 des Gesetzes betr. die Benützung der Gewässer und das Wasserbauwesen, § 16 des Gesetzes betr. die Korrektion der öffentlichen Gewässer, § 2 lit. c. des Gesetzes betr. die örtliche Gesundheitspflege, § 10 der Verordnung betr. die örtlichen Gesundheitsbehörden und die Verordnung betr. die Reinhaltung der Gewässer). Die staatliche Verleihung bildet nach Außen den unanfechtbaren Titel für die verliehene Benutzungsart vom fluß- und gesundheitspolizeilichen Standpunkt aus und es kann keine Rede davon sein, daß der Gesetzgeber durch § 617 des privatrechtlichen Gesetzbuches einem Dritten habe das Recht einräumen wollen, diese Verleihung aus *derartigen* Gründen wieder rückgängig zu machen bezw. anzufechten, denn damit hätte er die aus der staatlichen Hoheit fließenden Administrativbefugnisse negirt und dem Verleihungsakt selbst jede Bedeutung genommen. Nun ist der Beklagten staatlich bewilligt worden, den Auslauf ihres Schmutzwasserkanals an der beanstandeten Stelle anzubringen und damit die polizeiliche Seite der Anlage, vorbehältlich allfälliger Wiedererwägungen der kompetenten Polizeiorgane, abgethan, dagegen mag nun zugegeben werden, daß der analogen Anwendung des § 620 im Prinzipe nichts entgegenstehen würde; allein das nützt dem Kläger deßwegen nichts, weil das Nichtvorhandensein der Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle jetzt schon völlig klar vorliegt. Zunächst ist wohl ganz selbstverständlich und bedarf keiner weitern Ausführung, daß das städtische Schmutzwasser den landwirthschaftlichen Grundstücken, die Kläger allenfalls der Limmat entlang besitzen sollte, keinerlei landwirthschaftlichen Schaden zufügt. Vermuthlich kommt das Wasser mit diesen Grundstücken gar nicht in Verbindung und soweit dieß noch der Fall sein sollte, kann es deren Fruchtbarkeit nur erhöhen, nicht aber vermindern. Daß die Bestandtheile seiner Gebäude, soweit dieselben nicht Wasserwerkanlagen sind, oder in den Gebäuden befindliche und zu ihrem Gebrauche erforderliche Sachen um der beanstandeten Benutzung der Limmat willen überhaupt eine Schädigung erleiden, ist vom Kläger gar nie behauptet worden und folglich kann auch eine *erhebliche* Beschädigung, wie sie der § 620 vorsieht, nicht in Frage kommen, überdem müßte eine bezügliche Behauptung wohl auch deßwegen ohne Weiteres zurückgewiesen werden, weil deren Unbegründetheit selbst für den Laien von vorneherein klar wäre. Der Kläger scheint bei der Anrufung des § 620 des privatr. Ges.-B. mehr nur an eine Verminderung des Verkehrswerthes seiner Liegenschaft als Folge des beanstandeten Kanalauslaufes gedacht zu haben, allein aus diesem Gesichtspunkte gewährt ihm eben weder jene, noch eine andere Gesetzesstelle ein Einsprachsrecht.

6. In dritter Linie hat der Kläger sein Begehren um Verlegung des Kanalauslaufes damit begründet, daß das von diesem Auslauf direkt seinem Etablissement zufließende Schmutzwasser daselbst das Uferland durchsickere, in seinen Sodbrunnen dringe und diesen verunreinige. Das Gericht fand, daß sich der Kläger eine derartige Einwirkung auf seinen Sodbrunnen nicht gefallen lassen müsse, weil der § 611 des privatr. Ges.-B. ganz allgemein und ohne jede Ausnahme

alle Anlagen für unzuläßig erkläre, durch welche ein schon vorhandener Brunnen eines Andern verunreinigt oder gar unbrauchbar gemacht werde, und es ordnete deßhalb, weil das behauptete Durchsickern des Schmutzwassers und die damit zusammenhängende Brunnenverunreinigung beklagtischerseits bestritten worden war, die Abnahme des vom Kläger dafür anerbotenen Sachverständigenbeweises an. Da jedoch der Letztere daraufhin mit Eingabe vom 10. Dezember die Erklärung abgab, daß er auf die angeordnete Expertise verzichte, so fällt das thatsächliche Fundament dieses Einsprachegrundes und damit auch dieser selbst dahin.

7. Da es hienach dem Kläger nicht gelungen ist, den Nachweis dafür beizubringen, daß die Plazirung des beanstandeten Kanalauslaufes in ihren Wirkungen einen unzuläßigen Eingriff in seine Privatrechte zur Folge habe, so fehlt es dem auf Verlegung des Auslaufes gerichteten Klagebegehren am erforderlichen Fundament und es muß dasselbe deßhalb unter Kosten- und Entschädigungsfolge für den Kläger abgewiesen werden.

Schluss:

1. Die Appellation des Klägers ist unbegründet und demnach die Klage abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Staatsgebühr ist auf Fr. 60 festgesetzt.
3. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten sind dem Kläger aufgelegt.
4. Derselbe hat der Beklagten für beide Instanzen zusammen eine Prozeßentschädigung von 70 Fr. zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Auszug
aus einem Urtheil
der
Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes
vom 28. Januar 1886
in Sachen *Haab.*

Das Retentionsrecht des schweizerischen [Obligationenrechts] ist vor dem Momente seiner Geltendmachung ein *bloss persönliches*, nicht aber ein dingliches Recht und es kann deßhalb ein früher stattgefundener heimlicher Wegzug von Mobilien aus einer Wohnung, um das Retentionsrecht des Vermiethers zu Falle zu bringen, nicht als Pfandunterschlagung qualifizirt werden. Tritt zu diesem heimlichen Wegzug der Abschluß und die Geltendmachung eines fingirten Verkaufes, um die Gegenstände dem Arreste und der Pfändung durch den Vermiether zu entziehen, so liegt zwar darin nicht das Vergehen des betrüglichen Bankerottes, wohl aber dasjenige des Betruges, sofern die weggezogenen Gegenstände Eigenthum des den Miethzins schuldenden Miethers waren, gehörten sie aber einem Dritten, so kann auch nicht von Betrug gesprochen werden, weil dannzumal die Möglichkeit einer Schädigung des Vermiethers ausgeschlossen ist, diese aber ein absolutes Erforderniß des genannten Verbrechens bildet. Als Gehülfe bei einem solchen Betrug kann derjenige nicht betrachtet werden, welcher im *guten Glauben* stand, die Sachen gehören einer dritten Person.

Thatsächliches:

1. Der Schneider Johannes Höfliger hatte von den Herren C. Ulrich-Gysi und Professor C. Kramer in Zürich eine Wohnung gemiethet, welche er mit seiner Frau und seinen sechs Kindern bewohnte. Er scheint nicht in gehöriger Weise für seine Familie gesorgt zu haben, so daß seine Frau, welcher, wie sie behauptet, die sämmtlichen in der Wohnung befindlichen Möbel gehörten, und welche außerdem noch ein Sparkassaguthaben besaß, um ihre ökonomische Existenz besorgt wurde und dabei auf den Gedanken gerieth, nicht nur ihr Sparkasseguthaben einzuziehen und vor dem Manne zu verbergen, sondern auch ihre Möbel dem darauf lastenden Retentionsrecht der Vermiether, für deren Bezahlung der Mann ihr kein Geld verabreichte, zu entziehen. Durch eine Frau Kägi, welche sie wegen eines Verkaufs dieser Möbel anfragte, wurde sie an die Mitangeklagte, Frau Isler gewiesen, und diese rieth ihr nun, wie Frau Höfliger sagt, einfach nicht zu zinsen und die Möbel zu ihr zu schaffen, sie habe auch

schon ähnlich verfahren, und es sei gegangen, übrigens möge sie hierüber den Advokaten Haab befragen. Frau Höfliger ging nun, wie sie behauptet, zu Haab und fragte ihn, was zu machen sei, wenn man den Miethzins nicht bezahlen könne, was man ihr nicht nehmen könne, worauf Haab geantwortet habe, die Betten und nothwendigen Küchengeräthschaften könne man ihr nicht nehmen, und das Andere sei sicher, wenn sie eine vertraute Person habe, und die Sache über das Trottoir hinüber sei. Sie will diesen Bescheid, wie auch Frau Isler bestätigt, hierauf dieser letztern mitgetheilt haben, worauf sodann am 1. März 1885 Morgens zwischen 4 und 5 Uhr die Wohnung bis auf die nothwendigen Betten und Kochgeräthschaften ausgeräumt wurde. Sämmtliche übrigen Mobilien wurden bei Frau Isler untergebracht. Die Vermiether konnten dieß jedoch bald in Erfahrung bringen und erlangten beim Audienzrichter des Bezirksgerichtes einen Arrest auf dieselben. Bei der Arrestanlegung durch den Stellvertreter des Gemeindammanns, welche am 18. März stattfand, behauptete Frau Isler, sie habe alles für 200 Fr. von Frau Höfliger gekauft und zeigte dem genannten Beamten auch eine Quittung. Nachher begab sie sich im Begleite der Frau Höfliger zu Advokat Haab, machte ihm von dem stattgefundenen Arrest Mittheilung und zeigte ihm auch den Kaufvertrag. Haab ließ sich zuerst eine Baarkaution von 50 Fr. geben, welche Frau Höfliger bezahlte, der Empfangschein dagegen wurde auf den Namen der Frau Isler ausgestellt. Sodann ließ Haab den Kaufvertrag, der wie es scheint mangelhaft redigirt war, umschreiben und es mußte auch der Ehemann Höfliger denselben unterzeichnen. Nun verlangte Haab Namens der Frau Isler Aufhebung des Arrests, wurde aber durch Verfügung des Audienzrichters vom 18. April ins ordentliche Verfahren gewiesen.

Am 6. Juni kam es zur Pfändung der fraglichen Möbel zu Gunsten der Vermiether, bei welcher Frau Isler dieselben als ihr Eigenthum ansprach. In dem hierauf folgenden Vindikationsprozeß trat wieder Advokat Haab Namens der Frau Isler auf, unterdessen erhoben aber die Vermiether Strafklage. Im Strafprozeß anerkannten die Eheleute Höfliger, sowie Frau Isler nach anfänglichem Leugnen, daß der fragliche Kaufvertrag nur zum Scheine abgeschlossen und der Kaufpreis von 200 Fr. nie bezahlt worden, die Quittung, welche dieß bezeugte, falsch und der Frau Höfliger auch eine Gegenquittung des Inhalts, daß sie der Frau Isler die 200 Fr. wieder zurückbezahlt habe, übergeben worden sei. Advokat Haab dagegen behauptete, daß er Frau Isler und Frau Höfliger zum ersten Mal gesehen habe, als sie nach stattgefundener Arrestlegung zu ihm kamen, und will damals sowohl als auch später in dem Glauben gestanden haben, Frau Isler habe wirklich die fraglichen Gegenstände für 200 Fr. von Frau Höfliger gekauft und den Kaufpreis bezahlt.

Die Anklage des Statthalteramts (Adjunkt Zürcher) gegen Eheleute Höfliger, Frau Isler und Advokat Haab geht auf betrüglichen Bankerott und lautet wörtlich:

„Der Ehemann Höfliger schuldete dem C. Ulrich-Gysi und Professor C. Kramer 225 Fr. Miethzins vom 1. Oktober 1884 bis 1. April 1885. Um diesen Miethzins entweder ganz oder theilweise nicht bezahlen zu müssen, und ohne Kündigung ausziehen zu können, gab sich Höfliger fälschlich als zahlungsunfähig aus, und schaffte am 1. März dieses Jahres den größten Theil seines Hausraths, soweit er pfandbar war, im Gesammtschatzungswerthe von Fr. 238. 70 in Folge Raths und Verabredung der Frau Höfliger mit Frau Isler unter dem Vorwand, denselben ihr verkauft zu haben, in deren Wohnung, gab derselben fälschlich eine Quittung über den Empfang des angeblichen Kaufpreises von 200 Fr., die vom 20. Februar datirt wurde, und erhielt von Frau Isler eine vom 25. März datirte Gegenquittung, daß Frau Höfliger die 200 Fr. ihr wieder zurückbezahlt habe. *Fürsprech Haab hat durch vorhergehenden und bestimmenden Rath an Frau Höfliger die Verübung dieses Verbrechens wissentlich begünstigt.*"

„Durch diese Handlungen haben sich die Eheleute Höfliger, indem sie sich fälschlich als zahlungsunfähig ausgaben und ihr Vermögen zum größten Theil bei Seite schafften, und die Gläubiger durch fingirten Vertrag

verkürzten, nach § 191, l. 1 und 2 des Str.-G.-B. des betrüglichen Bankerottes im Betrage von Fr. 238. 70, Frau Isler dadurch, daß sie diese Art der Beseitigung anrieth und ausführen half, der Theilnahme an diesem Vergehen, eventuell nach § 39 des Str.-G.-B. der Gehülfenschaft, und Fürsprech Haab nach dem gleichen Paragraphen durch Rathertheilung und daherige Beförderung des Verbrechens der Gehülfenschaft bei demselben schuldig gemacht."

Das Bezirksgericht Zürich, I. Sektion, erklärte sämmtliche Angeklagte der eingeklagten Vergehen schuldig und verurtheilte den Ehemann Höfliger, die Frau Höfliger, die Frau Isler und den Haab zu je einer Woche Gefängniß. Ueberdieß wurde dem Letztern für die Dauer von zwei Jahren die Stellvertretung vor Gericht untersagt.

Gegen dieses Urtheil wurde nur von dem Angeklagten Haab Appellation eingelegt.

Entscheidungsgründe:

1. Die Handlung, durch welche sich der Angeklagte Haab der Gehülfenschaft bei betrüglichem Bankerott schuldig gemacht haben soll, besteht nach der Anklage in einem im Laufe des Monats Februar 1885 der Frau Höfliger ertheilten Rathschlage. Damals nämlich soll Haab, wie Frau Höfliger bezeugt, ihr auf die Anfrage, was zu machen sei, wenn man den Miethzins nicht bezahlen könne, was man ihr nicht nehmen könne, geantwortet haben, die Betten und nothwendigen Küchengeräthschaften könne man ihr nicht nehmen und das Andere sei sicher, wenn sie eine vertraute Person habe und die Sache über das Trottoir hinüber sei.

2. Gesetzt, Haab habe diesen Rath ertheilt, so ist zwar nicht daran zu zweifeln, daß Frau Höfliger, wie sie selbst sagt, wesentlich dadurch bestimmt worden ist, wirklich, wie es sodann am 1. März geschah, gemeinsam mit ihrem Ehemanne den vorhandenen Hausrath mit Ausnahme einiger Betten und Kochgeschirre in früher Morgenstunde aus der Miethswohnung zu entfernen und bei Frau Isler unterzubringen; allein diese Handlung für sich allein betrachtet, d. h. abgesehen dem erst später gemachten Versuch, den fraglichen Hausrath mittelst eines fingirten Verkaufs an Frau Isler dem Arrest und der Pfändung des Vermiethers zu entziehen, obschon der letztere dadurch in höchst doloser Weise um sein Retentionsrecht gebracht worden ist, nicht strafbar.

3. Der einzige Gesichtspunkt, von welchem aus diese Handlung als strafbar erscheinen könnte, ist derjenige der *Pfandunterschlagung;* denn Diebstahl liegt darin nicht, weil die beseitigten Sachen keine fremden waren, und Betrug nicht, weil es an einer im Kausalzusammenhang mit dem eingetretenen Schaden stehenden täuschenden Handlung gebricht, außer man wollte etwa annehmen, die Eheleute Höfliger hätten schon bei Abschluß des Miethvertrags beabsichtigt, den Vermiether durch heimlichen Wegzug der Mobilien zu schädigen, dieselben also nur zum Schein, um den Vermiether über ihren Besitz und ihre Solvenz zu täuschen, in die Wohnung eingebracht, eine Annahme, für welche sich im vorliegenden Falle keine Anhaltspunkte in den Akten finden lassen. Auch die deutsche Rechtssprechung subsumirt den heimlichen Wegzug von Mobilien aus einer Wohnung, um das Retentionsrecht des Vermiethers zu Falle zu bringen, immer nur unter den Begriff der Pfandunterschlagung, insofern sie bei der in den einzelnen Staaten verschiedenen Gesetzgebung überhaupt dazu kommt, dieselbe als strafbar bezeichnen zu müssen. (Siehe Fuchsberger, Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts auf dem Gebiete des Strafrechts zu § 289, III. Titel Gesetzliches Pfandrecht (Retentionsrecht) des Vermiethers und Entscheide des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen Band III, pag. 58 und Band IV, pag. 43).

4. Eine Pfandunterschlagung würde daher wohl vorliegen, wenn auch bei uns, wie in manchen andern Gesetzgebungen, z. B. im preußischen Landrecht, das Retentionsrecht des Vermiethers als ein im Momente der Einbringung der Mobilien in die Wohnung entstandenes gesetzliches Pfandrecht zu betrachten wäre (siehe die oben citirten Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts), gleich wie unter dieser Voraussetzung dem Vermiether auch eine dingliche Klage auf Wie-

dereinbringung der entfernten Mobilien gegen deren jeweiligen Besitzer zusteht, insofern ihm nicht die Rechte redlicher Dritter entgegenstehen. Insofern oder insoweit daher das Retentionsrecht nach schweiz. Obligationenrecht als ein gesetzliches Pfandrecht aufzufassen ist, darf die Beseitigung der retinirten oder retinirbaren Objekte auch im zürcherischen Strafrecht als Pfandunterschlagung bestraft werden, obschon der § 174 des Str.-G.-B. bei einer rein buchstäblichen Interpretation dieß ausschließen würde, weil er nur von freiwilligen und gerichtlichen Pfandrechten spricht; denn die Nichterwähnung des gesetzlichen Pfandrechts beruhte lediglich darauf, daß eben nach dem früheren zürcherischen Privatrecht das Retentionsrecht ein rein persönliches Recht war und auch keine andern gesetzlichen Pfandrechte an Mobilien bestanden, so daß der Gesetzgeber keine Veranlassung hatte, in § 174 auch der gesetzlichen Pfandrechte Erwähnung zu thun. Allein nach der richtigen Ansicht wird das Retentionsrecht des schweiz. Obl.-R. erst mit dem Momente der Geltendmachung zu einem dinglichen Recht, das man ein gesetzliches Pfandrecht nennen mag, mit welchem Momente der Vermiether auch die Verkaufsbefugniß erwirbt, vorher dagegen ist es ein blosses persönliches Recht. Diese Rechtsanschauung hat zur Folge, daß wenn, wie dieß hier geschehen ist, die Mobilien vor der Geltendmachung des Retentionsrechts aus der Wohnung entfernt werden, dem Vermiether keine Strafklage wegen Pfandunterschlagung zusteht, während allerdings vielleicht, entgegen der bisherigen zürcherischen Praxis, welche die Strafklage wegen Pfandunterschlagung von der ertheilten und dem Miether zur Kenntniß gekommenen gerichtlichen Retentionsbewilligung abhängig machte (siehe das in Dr. Zürchers Commentar zu § 174, Ziff. 1 citirte Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 11. November 1880), anders zu entscheiden wäre, wenn der Vermiether während des Auszuges intervenirt und, wenn auch ohne gerichtliche Hülfe, sein Retentionsrecht mittelst Besitzergreifung geltend gemacht hätte (vergleiche über alle diese Fragen die Abhandlung von Dr. Hans Streuli: das Retentionsrecht nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht, ferner den Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 11. Juni 1884, abgedruckt in den Blättern für handelsgerichtliche Entscheidungen, Jahrgang 1884, pag. 174, Commentar von Schwarze zum deutschen Strafgesetzbuch zu § 289, Ziff. 7 und Anmerkung 7 und endlich Commentar von Schneider und Fick zum eidg. Obl.-R., Art. 294, Ziff. 7).

5. Nun ist aber im Fernern zu untersuchen, ob nicht, wie dieß die Anklage behauptet, in der heimlichen Verbringung der Mobilien in die Wohnung der Frau Isler in Verbindung mit den weitern Handlungen der Eheleute Höfliger und der Frau Isler, nämlich dem Versuch, durch einen fingirten Kaufvertrag diese Gegenstände dem Arreste und der Pfändung durch den Vermiether zu entziehen, ein Vergehen liege, und ob nicht Haab durch die eingeklagte Beantwortung der Anfrage der Frau Höfliger sich der Gehülfenschaft hiebei schuldig gemacht habe. *Dieses* Vergehen könnte nur *Betrug* sein, und nicht, wie dieß die Anklage behauptet, betrüglicher Bankerott, und zwar mit Rücksicht auf die zürcherische Gerichtspraxis (siehe Commentar von Dr. Zürcher zu § 191, Ziff. 3 am Schlusse) schon deßhalb, weil es sich nur um die Schädigung eines einzelnen Kreditors hätte handeln können. Es steht auch außer Zweifel, daß bezüglich der Eheleute Höfliger und der Frau Isler dieses Vergehen vorliegen würde, wenn wirklich, wie die Anklage besagt, der Schuldner Höfliger seinen eigenen Hausrath auf die bezeichnete Weise beseitigt hätte. Allein er und seine Frau haben dieß von Anfang an bestritten, indem sie sagten, daß die Frau Höfliger denselben von ihrer Mutter geerbt habe, und wenn dieß richtig ist, so konnten durch dessen Beseitigung mittelst fingirten Verkaufs keine Gläubiger des Höfliger geschädigt werden, da dieselben kein Recht gehabt hätten, darauf zu greifen resp. gegenüber einer Vindikation der Ehefrau nicht aufgekommen wären. Die Möglichkeit einer Schädigung ist aber absolutes Erforderniß, sowohl des Vergehens des Betrugs als auch desjenigen des betrüglichen Bankerotts, so daß z. B. selbst wenn Jemand im festen Glauben steht, daß eine Sache sein

Eigenthum sei und sie deßhalb im Konkurse verheimlicht, um seine Gläubiger zu schädigen, er doch des betrüglichen Bankerotts nicht schuldig erklärt werden kann, wenn sich nachher herausstellt, daß diese Sache in That und Wahrheit, wenn auch ohne daß er es wußte, gar nicht sein Eigenthum war. Hiegegen läßt sich mit Bezug auf den vorliegenden Fall nicht etwa einwenden, daß das Retentionsrecht des Vermiethers auch auf dem Eigenthum der Ehefrau des Schuldners gehaftet habe, der Vermiether daher durch die Beseitigung effektiv geschädigt sei; denn dieses Retentionsrecht ist schon durch den Wegzug allein vernichtet worden und diese Vernichtung ist, obschon doloserweise herbeigeführt, nach den frühern Ausführungen nicht strafbar.

6. Allerdings zwingt die blosse Behauptung der Angeklagten, daß die fraglichen Mobilien Eigenthum der Ehefrau Höfliger gewesen seien, den Richter nicht, dieß nun ohne Weiteres als wahr anzunehmen, sondern er hat im Gegentheil die Pflicht, auch in diesem Punkte die objektive Wahrheit zu erforschen. Man kann sogar sagen, daß wenn auch prinzipiell der Beweis dafür, daß diese Sachen dem Höfliger und nicht seiner Frau gehört haben, der Anklage obliegt, doch eine gewisse Präsumtion für das erstere spreche, so daß den Angeklagten wohl zugemuthet werden dürfe, das letztere wenigstens wahrscheinlich zu machen. Allein einerseits hat man die Beweismittel für ihre Behauptung, daß diese Sachen von der Mutter der Frau Höfliger herstammen, gar nicht von ihnen verlangt, anderseits sprechen heute schon verschiedene Momente für das Eigenthumsrecht der Ehefrau. Es ist zunächst die Natur der meisten dieser Gegenstände als solcher, welche nach allgemeiner Landessitte die sogenannte Aussteuer einer Frau ausmachen, und sodann die Thatsache, daß von Anfang an und bevor die Angelegenheit in das gerichtliche Stadium eintrat, die Eheleute Höfliger diese Gegenstände als Eigenthum der Frau behandelten, weßhalb auch die letztere dieselben an Frau Isler verkaufte, und der Ehemann nur seine Zustimmung hiezu gab. Es würde zwar nichts entgegenstehen, nachträglich noch mittelst einer Aktenvervollständigung zu konstatiren, ob man es bezüglich dieser Sachen mit Eigenthum des Mannes oder mit Eigenthum der Frau zu thun habe, und es müßte eine solche Aktenvervollständigung jedenfalls angeordnet werden, wenn es sich heute noch um die Schuld oder Nichtschuld der Eheleute Höfliger handeln würde.

7. Allein zur Freisprechung des Angeklagten Haab genügt es, wenn derselbe nur zur Zeit, als er den eingeklagten Rathschlag ertheilte, im Glauben stand, diese Sachen gehören der Frau, denn unter dieser Voraussetzung hat er sich selbst dann keines Vergehens schuldig gemacht, wenn dieselben in Wirklichkeit dem Manne gehört haben und die Eheleute Höfliger somit mit Recht schuldig erklärt worden sind. Um nämlich den Haab ebenfalls und zwar der Gehülfenschaft beim Vergehen der Eheleute Höfliger schuldig erklären zu können, müßte fest stehen, daß er damals schon von dem beabsichtigten Vergehen Wissen gehabt habe (siehe § 39 des Str.-G.-B., wo es heißt: „Die Theilnehmer, welche durch Rath oder That die Verübung des Verbrechens *wissentlich* erleichterten etc.") Zum Wissen von einem beabsichtigten Vergehen des Betrugs oder betrüglichen Bankerotts gehört aber auch die Erkenntniß, daß der Gläubiger durch die beabsichtigte täuschende Handlung, im vorliegenden Fall also durch den fingirten Verkauf an eine Drittperson, objektiv geschädigt werde und diese Erkenntniß konnte Haab nicht haben, wenn er glaubte, daß die fraglichen Gegenstände der Frau gehören. Daß er aber wirklich in diesem Glauben stand, das ist durch die vorliegenden Akten in genügender Weise zur Ueberzeugung des Richters gebracht.

8. Zunächst war es ja die Frau und nicht der den Miethzins schuldende Mann, welche zu ihm kam, um seinen Rath einzuholen, und zwar, wie sie selbst sagt, um zu fragen, was der Vermiether ihr, der Frau, nicht nehmen könne. Diese Anfrage konnte Haab wohl so auffassen, daß es sich nur darum handle, ihr, d. h. der Frau Eigenthum vor dem Vermiether zu sichern. Hiefür spricht auch die von ihm gegebene Antwort, wie dieselbe nach der Aussage der Frau Höfliger gelautet hat;

denn wenn er geglaubt hätte, es handle sich um die Sicherung von Sachen des Ehemanns, so hätte er als erfahrener Anwalt auch gewußt, daß mit der blossen Entfernung derselben aus den Miethräumen und der Unterbringung bei einer Drittperson nicht vollständig geholfen sei, indem der Vermiether nachher doch höchst wahrscheinlich ermitteln könne, wo sich dieselben befinden und dann mittelst Pfändung oder Arrest darauf greifen werde, und er hätte daher seiner Clientin höchst wahrscheinlich auch Rath darüber ertheilt, was zu thun sei, um auch dieß zu vereiteln, also z. B. einen fingirten Verkauf, wie ein solcher hernach wirklich stattfand, ausdrücklich angerathen und selbst dirigirt, während bei Sachen der Frau ein solcher Rath deßhalb unnöthig war, weil die blosse Entfernung aus der Miethwohnung vollkommen genügte, um dieselben für alle Zukunft vor dem Vermiether sicher zu stellen. Wenn er dabei auch gesagt hat, sie bedürfe einer vertrauten Person, so braucht hierin nicht nothwendig der Hinweis auf einen fingirten Verkauf gefunden zu werden; denn eine solche Person war schon deßhalb nothwendig, um für die fraglichen Sachen eine einstweilige Unterkunft zu finden, bis man eine andere Wohnung bezogen hatte, und wenn dieselbe nicht eine Vertraute war, wäre eben zu befürchten gewesen, daß der Vermiether vor der Vollendung des Umzugs davon Kenntniß erhalten könnte. Sodann liegt auch sonst nichts für die nach dem Gesagten schon an sich unwahrscheinliche Annahme vor, daß Haab den Abschluß des fingirten Verkaufs damals angerathen oder auch nur angedeutet und dadurch zu erkennen gegeben habe, daß er im Glauben stehe, die Sachen gehörten dem Ehemanne, ja es ist sogar wahrscheinlich, daß man ihm selbst später, als er zum Anwalt und Berather der Frau Isler gemacht wurde, nichts davon mittheilte, daß der Kaufpreis von 200 Fr. in Wirkklichkeit nie bezahlt worden sei. Hiefür spricht sowohl die Aussage der Frau Höfliger in Akt 88, in jener zweiten Konsultation, bei welcher die beiden Frauen zugegen waren, habe Haab die Frau Isler gefragt, ob sie wirklich die Möbel gekauft und die 200 Fr. bezahlt habe, worauf Frau Isler lachend geantwortet habe: „He ja, die Quittung ist ja dafür da“, und 14 Tage später habe Frau Isler zu ihr gesagt: „Glaubt wohl Haab, daß ich bezahlt, er sagt nichts mehr darüber?“, als auch die Aussage der Frau Isler in Akt 101, sie habe ihm nie gesagt, wie sich die Sache verhalte. Auch hat im Arrestprozeß Haab wiederum die Sache so dargestellt, als habe Frau Höfliger ihre eigenen Sachen und nicht diejenigen ihres Mannes an Frau Isler verkauft. Allerdings mußte ihm in den Prozessen, die er für Frau Isler führte, die Sache verdächtig erscheinen und namentlich fällt auf, daß er die Frau Höfliger nicht darauf aufmerksam machte, daß ein Verkauf ihrer eigenen Sachen an Frau Isler zu deren Sicherung gegenüber dem Vermiether gar nicht nöthig gewesen wäre; allein dieß kann doch einigermaßen dadurch erklärt werden, daß er glauben mochte, Frau Höfliger besitze nicht genügende Beweismittel, um selbst als Vindikantin auftreten zu können und habe deßhalb vorgezogen, ihre Sachen zu verkaufen und eine Drittperson als Ansprecherin auftreten zu lassen. Unter allen Umständen aber würde sein späteres Benehmen selbst dann, wenn er dabei mit voller Kenntniß der Verhältnisse gehandelt hätte, nicht ohne Weiteres den Rückschluß gestatten, daß dieß schon bei der ersten Consultation der Frau Höfliger ebenfalls der Fall gewesen sei. Letzteres ist auch deßhalb unwahrscheinlich, weil sonst die ganze betrügliche Machenschaft ohne Zweifel geschickter durchgeführt worden wäre.

9. Durch das in der vorigen Erwägung Gesagte ist gleichzeitig auch nachgewiesen, *dass Haab mit seinem Rathe auch sonst nicht die Absicht gehabt hat, einen Betrug oder betrüglichen Bankerott mittelst Abschluss eines fingirten Kaufgeschäfts zu begünstigen,* sondern daß seine Absicht nur auf die Vernichtung des Retentionsrechts des Vermiethers gerichtet war, und es gebricht somit, auch abgesehen von dem oben erwähnten speziellen Mangel, an der *verbrecherischen* Absicht überhaupt, was freilich nicht ausschließt, daß Haab nicht eine *moralische* Verschuldung an dem verübten Verbrechen zur Last falle.

10. Der Angeklagte Haab ist demnach freizusprechen und es fällt damit auch die von der ersten Instanz ihm gegenüber erfolgte Kostenauflage dahin; denn weil andere schuldig erklärte Angeklagte da sind, welche für sämmtliche Kosten solidarisch zu haften haben, geht es nicht an, ihm mit Rücksicht auf § 904, Absatz 2 des Rechtspflegegesetzes einen Theil der Kosten zu überbinden. Ebenso ist er selbstverständlich von der Prozeßentschädigung an die angeblich Geschädigten zu entlasten, womit jedoch keineswegs gesagt sein soll, daß er nicht wegen des von ihm der Frau Höfliger ertheilten Raths auf Grundlage von Art. 50 des schweiz. Obl.-R. civilrechtlich verantwortlich gemacht werden könne, insofern der Civilrichter den Beweis für jene Rathertheilung als genügend erbracht betrachten sollte.

Schluss:

Der Angeklagte Friedrich Haab ist des eingeklagten Vergehens nicht schuldig und daher freigesprochen.

Mittheilungen

aus Entscheidungen der Rekurskammer des zürcher. Obergerichtes.

I. Die Verpflichtung des A. gegenüber B., ein von diesem geschuldetes Kapital beim Gläubiger C. „abzulösen und es stehen zu lassen“, ist als ein *Darlehensversprechen* erklärt worden (vergl. § 836 des pr. G.-B.). Mit der Erfüllung war A. im Verzug. Deßhalb betrieb ihn B. für den Betrag des Kapitals. Die erste Instanz verweigerte aber die Rechtsöffnung für diese Betreibung, weil die Verpflichtung des A. durchaus nicht auf Bezahlung einer Geldsumme an B. gehe. Dem gegenüber wird im Rekursalentscheid ausgeführt, daß A. allerdings an C. als bisherigen Briefgläubiger hätte zahlen sollen; weil er dieß aber nicht gethan, so könne B. das Geld von ihm fordern, da dem Gläubiger C. ja keinerlei Klagerecht gegenüber A. zustehe; allerdings könne dann A. verlangen, daß das Geld wirklich dem C. zukomme und dessen Schuldbrief ihm cedirt werde. (20. VII. 1885.)

II. Auch die von einem Gläubiger gem § 62 des Konkursgesetzes auf eigene Rec nung angestrengte *Aktiven-Vermehrung Klage* hat, wenn sie von Erfolg ist, z Folge, daß der Werth der hinzugewonnen Aktiven von der Konkursverwaltung u speziell bei Anfertigung des Vertheilung planes als Einnahme zu behandeln ist, die Forderung des betr. Gläubigers, au wenn sie ganz gedeckt wird, nicht aus d Passivetat wegfallen darf. (28. VII.)

III. Ein Mitglied einer *Kollektivgesel schaft,* gegen welches ein Mitgesellschaft Namens der Gemeinschaft eine Forderung klage erhebt, ist nicht berechtigt, diese geg ihn geführte Klage Namens der Gemeinsch zurückzuziehen. (8. VIII.)

IV. Betreffend den *Konkurs einer Aktie gesellschaft* bestimmt Art. 657 des O.- (vergl. auch Art. 704), daß dem Gerich überlassen sei, statt der sofortigen Konku eröffnung vorläufig „andere zur Erhaltu des Vermögens dienliche Anordnungen z treffen“. Diese Bestimmung fand wohl zu ersten Male Anwendung gegenüber der Tran portversicherungs-Aktiengesellschaft „Schwei Lloyd in Winterthur“. Statt der sofortige Erlassung eines Konkursdekretes hat d Gerichtspräsidium Winterthur mittelst En scheides vom 23. Februar 1884 eine v läufige gerichtliche Liquidation in dem Sinn angeordnet, daß es zwei Liquidatoren be stellte, die für die Feststellung und Erhaltun des Gesellschaftsvermögens und für die Ab klärung des Schuldenbestandes sorgen sollten Inzwischen hat ein einzelner Gläubiger ver langt, daß ihm auf Rechnung seines Gut habens nach Verhältniß der eingegangenen Gelder Abzahlungen geleistet werden. Er wurde indeß wie von der ersten Instanz, so auch von der Rekurskammer abgewiesen; denn die Vertheilung des Gesellschaftsver mögens müsse verschoben bleiben, bis der Stand der Passiven selbst genügend abge klärt und festgestellt sei. Im Uebrigen wurde bemerkt, daß die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft nach Art. 657 nur auf geschoben, aber nicht gänzlich umgangen werden könne, es wäre denn, daß die Solvenz

der Gesellschaft wieder hergestellt würde, also die Aktionärversammlung wieder in ihre Rechte eintreten und den formellen Abschluß der Liquidation selbst besorgen könnte. — Nach der zürcher. Gesetzgebung hat, wie auch im vorliegenden Falle von Niemandem beanstandet wird, das Bezirksgerichtspräsidium, nicht etwa das Bezirksgericht oder der Konkursrichter, die Befugniß auszuüben, die Art. 657 des Obl.-R. „dem Gerichte" einräumt. (22. IX.)

V. Ueber eine *Firmaunterschrift*: „Fr. W . . . . .", mittelst der ein Wechsel acceptirt worden, entstand Streit, weil die Firma, Inhaberin Frau Maria W., als deren Prokurist „mit voller Namensunterschrift" ihr Mann Franz. W. im Handelsamtsblatt angezeigt ist, behauptete, die von letzterem herrührende fragliche Unterschrift bedeute „Franz W." und nicht „Frau W.", und sie enthalte nur eine Verpflichtung ihres (insolventen) Mannes. Die Unterschrift wurde für die Inhaberin der Firma verbindlich erklärt und ihr eine Trölerbuße auferlegt. (18. XI.)

VI. Der *Besitzesschutz* wurde dem A., der an einer in seiner Hand befindlichen Konsumvereinsaktie des B. ein Faustpfandrecht geltend machen will, gegenüber dem Begehren des B. um Herausgabe der Aktie nur vorläufig gewährt, weil die Redlichkeit des Besitzers bestritten ist und zum Nachweis des Faustpfandrechtes lediglich auf Zeugen abgestelt wird. Dem A. wurde aufgegeben, sein Faustpfandrecht binnen Frist einzuklagen, ansonst einem neuen Editionsbegehren des B. ohne weiteres Folge gegeben würde. (25. XI.)

VII. Die hierseitige *Vollziehung eines belgischen Civilurtheiles* ist einstweilen nur deßhalb nicht bewilligt worden, weil gegenüber der Behauptung des Angesprochenen, Belgien verweigere grundsätzlich die Execution von Urtheilen aus Nichtvertragsstaaten (also auch der Schweiz), dem Ansprecher der Nachweis der bezüglichen, der Rekurskammer nicht hinreichend bekannten Vorschriften des belgischen Rechtes obgelegen hätte. Dem Ansprecher wurde also überlassen, mit genügendem Nachweis versehen die auf das fremde Urtheil gegründete Forderung entweder neuerdings auf dem Wege des Rechtstriebes und des summarischen Verfahrens oder im ordentlichen Prozeß geltend zu machen. (15. XII.)

VIII. Bei *Liquidation einer Kollektiv-Gesellschaft* ist der Vorschrift von Art. 583 des O.-R., wonach zur Deckung erst später fällig werdender Schulden die erforderlichen Gelder zurückzubehalten sind, nicht nachgelebt worden, indem das gesammte Gesellschaftseigenthum an eine neu gegründete Aktiengesellschaft übertragen worden war und der Kaufpreis den bisherigen Gesellschaftern lediglich durch Gewährung von Aktien auf dieselbe geleistet werden sollte. Dem *Arrestgesuch* des bedrohten Gläubigers wurde deßhalb in der Weise entsprochen, daß der Aktiengesellschaft befohlen wurde, von ihrer als Kaufpreis zu entrichtenden Gegenleistung bei Vermeidung eigener Haft so viel an Werth zurückzubehalten resp. gerichtlich zu deponiren, als zur Sicherung der Ansprüche des ersteren erforderlich sei. Daß nämlich die Vorschrift von Art. 583 lediglich im Interesse der bisherigen Gesellschafter selbst aufgestellt worden, werde (von der Kollektivgesellschaft in Liquid. als Arrestschuldnerin) mit Unrecht eingewendet. Vielmehr sollen durch dieselbe die Rechte der Gesellschaftsgläubiger geschützt werden. Und welchen Werth dieser Schutz habe, ergebe sich aus den Art. 566, 568 und 587: bei vollständiger Vertheilung des Gesellschaftsvermögens gingen die Firmagläubiger des Rechtes verlustig, auf demselben unter Ausschluß der Sondergläubiger der einzelnen Gesellschafter Befriedigung zu suchen! (24. XII.)

IX. Die *Firmabezeichnung* „Hirsch's Waarenhalle" ist entgegen den Ausführungen einer Audienzverfügung als mit der Bestimmung des Art. 867 des Obl.-R. vereinbar erklärt worden, indem der Name des Geschäftsinhabers auch wohl im Genitiv, statt im Nominativ beigesetzt werden dürfe. So sind im Handelsregister z. B. die Firmen „Schläpfers Buchdruckerei" und Burkhard'sche Farbholzmühle Albisrieden" eingetragen. (31. XII.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. März 1886. V. Band. № 5.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 15. Januar 1886
in Sachen

des *Eugen Karl Gossweiler* in Zürich, gewesenen Antheilhabers der Firma Goßweiler & Cie., Fournierhandlung in Zürich, Klägers,

gegen

die Firma *G. Körner,* Bankgeschäft in Zürich, Beklagte.

Anspruch auf Schadensersatz wegen Nicht-Erfüllung eines Darlehens- bezw. Creditgewährungsversprechens.

Streitfrage:

Ist Beklagte schuldig, dem Kläger 37,725 Fr. eventuell 34,495 Fr., weiter eventuell eine diesen Betrag nicht erreichende, richterlich festzustellende Summe als Schadensersatz aus Vertragsbruch zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Der Kläger scheint zunächst als Einzelkaufmann in Zürich etablirt gewesen zu sein, im Jahre 1884 war derselbe Antheilhaber der Firma Goßweiler & Gattiker, „Partiewaarengeschäft" in Zürich und Kommanditär der Societät war damals A. Bär daselbst. — Die beklagte Firma ist Nachfolgerin von „J. G. Körner, Bankgeschäft in Zürich", indem diese sich am 1. Januar 1886 in „G. Körner" verwandelte. Inhaberin der alten Firma war Wittwe Körner und Procuraträger derselben waren ihr Sohn Georges Körner und Wäckerling; seit genanntem Zeitpunkt ist ersterer alleiniger Geschäftsinhaber. — Aus den Akten ergibt sich, daß Kläger schon vor seiner Verbindung mit Gattiker, namentlich aber während derselben bei der beklagten Firma, die das Bankgeschäft betreibt, in Kontokorrent stand. — Kläger gibt an, er sei Schulkamerade und intimer Duzfreund von Georges Körner. — Im August 1884 löste sich die Firma Goßweiler & Gattiker in Folge Austrittes von Gattiker auf, die Tilgung der Kontokorrentschuld der Firma gegenüber J. G. Körner übernahm im Einverständniß der Gläubigerin der Kläger.

B. Dieser führt aus, er habe im September 1885 Unterhandlungen mit dem bisherigen Kommanditär A. Bär über eine Association angeknüpft. Letzterer habe am 2. Oktober mündlich sein Einverständniß mit einer solchen und seine Bereitschaft erklärt, für die neue Societät eine Einlage von 5000 Fr. in Werth-

titeln zu machen, jedoch nur unter der ausdrücklichen Bedingung, daß dem Geschäft ein Kredit von 20,000 Fr. durch J. G. Körner bewilligt werde. Der Kläger behauptet nun, in einer Unterredung, die er am gleichen Tage noch mit Georges Körner, als Prokurist des Bankgeschäftes Körner gehabt, habe der Genannte seine Anfrage, ob dem neuen Geschäft gegen Hinterlage von Werthtiteln im Betrage von 5000 Fr. ein Kredit von 20,000 Fr. gegeben würde, bejaht und acceptirt, Alles, nachdem er ihm zuvor die Verhältnisse dargelegt habe, besonders auch, daß diese Kreditbewilligung die Bedingung sei, an welche Bär seinen Eintritt und die Einlage knüpfe. — Diese Behauptung eines mündlichen Kreditversprechens ist der Ausgangspunkt der Klage, von G. Körner, dem Beklagten, wird dieselbe indeß entschieden bestritten.

C. Am gleichen Tage, dem 2. Oktober 1885, schloß der Kläger den Gesellschaftsvertrag mit Bär ab, die neue Firma „Goßweiler & Cie.“ wurde am 5. gl. Mts. am Handelsregister angemeldet und den 10. Okt. im Handelsamtsblatt plublizirt. Mit Brief vom ebengenannten Tage machten Goßweiler und Cie. von diesen Vorgängen J. G. Körner Anzeige, mit dem Bemerken: „Den bisherigen Conto-Corrent mit E. C. Goßweiler belieben Sie demnach der neuen Firma zu buchen und weiter laufen zu lassen.“ Sodann heißt es: „In höflicher Bezugnahme auf die Unterredung mit Ihnen werden wir Ihnen vorerst (unterstrichen!) dieser Tage noch weitere 5000 Fr. in Werthpapieren zur besseren Sicherung Ihres jeweiligen Guthabens deponiren und nehmen gerne Notiz, daß wir alsdann von Ihnen einen vorübergehenden Kredit bis 20,000 Fr. erhalten. — Hierauf erhielten Goßweiler & Cie. keine Antwort. — Am 12. Okt. brachte dann Kläger J. G. Körner, als die in Aussicht gestellte Deckung und Einlage Bär's, zehn Aktien der Bank in Winterthur, deren Empfang als Faustpfand ihm sofort quittirt wurde. Der Kurswerth dieser Papiere betrug unter 3900 Fr., Kläger behauptet, sie seien zum Nominalwerth von 5000 Fr. angenommen worden, Beklagter bestreitet dieß, aus dem Empfangschein ist darüber Nichts ersichtlich.

D. Am 4. Oktober hatten Goßweiler & Cie., welche als neuen und einzigen Geschäftszweig den Handel mit Fournieren in Aussicht genommen und daher ein Lager in solchen anzulegen hatten, für die erforderlichen Einkäufe ihren Reisenden Jent nach Deutschland gesandt, und dieser effektuirte nach vorheriger telegraphischer Bevollmächtigung (das Datum ist aus der vorgelegten Abschrift nicht ersichtlich) zwischen dem 13. Okt. und 11. Nov. bei zwei Firmen in Karlsruhe und Frankfurt Einkäufe im Betrag von 10,363 Mark, einem dieser Lieferanten wurde am 10. Oktober für ca. 6000 Mark Baarzahlung in Aussicht gestellt.

E. Unterm 13. Nov. schreiben Goßweiler und Cie. an J. G. Körner: „Indem wir auf unser Ergebenes vom 10. ds. höflich Bezug nehmen, theilen Ihnen mit, daß demnächst in den Fall kommen, den Betrag des Ihnen gemachten Depositums zu übersteigen und von dem uns gewährten Kredite Gebrauch zu machen. Da wir wegen der Konkurrenz 6 Monate Ziel gewähren müssen, dürften innerhalb dieser Zeit unsere Einlagen mit den Entnahmen nicht im Verhältniß stehen, wir bemerken Ihnen das ausdrücklich, damit Sie den in nächster Zeit unbedeutenden Verkehr auf der Haben-Seite unseres Konto's begründet finden.“ — Hierauf antwortete ihnen J. G. Körner am 14. November: „Ich besitze Ihre gestrige Zuschrift, bedaure aber lebhaft, auf Ihr Gesuch nicht eintreten zu können, und muß Sie nur ersuchen, darauf Bedacht zu nehmen, daß der Kredit im Betrag Ihres Depositums nicht überschritten wird.“ — Mit Brief vom 17. Nov. bezeichneten Goßweiler & Cie. dieses Gebahren als einen Wortbruch gegenüber der getroffenen, mit ihrem Schreiben vom 10. Oktober bestätigten Vereinbarung, verwiesen auf die Kalamitäten, in die sie dadurch kämen und appellirten an das Wohlwollen Körner's, sich anderseitig Schadensersatz vorbehaltend. — J. G. Körner antwortete ihnen indeß am 18. Nov., er ziehe vor, die Geschäftsverbindung abzubrechen und ersuche um Saldirung des Kontos. Ein von Goßweiler & Cie. an diesem Tage avisirter Check von Fr. 6000 wurde zurückgewiesen.

F. Unterm 1. Dez. 1885 reichten sodann Goßweiler & Cie. beim Handelsgericht gegen J. G. Körner friedensrichterliche Weisung ein über die Streitfrage, ob der Beklagte nicht schuldig sei, den Klägern 8000 Fr. eventuell eine vom Richter zu bestimmende geringere Summe als Schadensersatz zu zahlen? — In der Klageschrift wurde ausgeführt, die beklagtische Handlungsweise enthalte den Bruch des durch die mündliche Zusicherung vom 10. Oktober eingegangenen Darlehensvertrages, und J. G. Körner sei zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens pflichtig, als solcher wurde bezeichnet die Unmöglichkeit weiteren Betriebes des kaum begonnenen und zu hoher Blüthe gelangten Geschäftes Mangels der nöthigen, durch den Vertrag zugesicherten Fonds und die daraus folgende moralische Diskreditirung der Kläger, deren Nachtheile noch nicht berechnet werden könne, wofür aber alle Ansprüche vorbehalten werden.

G. Schon in seiner schriftlichen Vernehmlassung stellte der Vertreter von J. G. Körner das behauptete Kreditversprechen entschieden in Abrede und stellte die Sache so dar: Am 2. Oktober sei allerdings Goßweiler zu G. Körner aufs Bureau gekommen und habe eröffnet, er beabsichtige sich mit Bär zu associren, derselbe gebe vorläufig für 5000 Fr. Werthtitel ins Geschäft, Körner möchte der neuen Gesellschaft mit Kredit an die Hand gehen gegen Hinterlage dieser Titel und noch weiterer, die er, Goßweiler, beibringen werde. Körner sei indeß gerade mit drei Personen wegen eines wichtigen Geschäftes in Unterredung gewesen, er habe daher keine Zeit gehabt und Goßweiler erwidert, er möchte zuerst einmal die Titel bringen und man wolle dann schauen. Er sei nicht ungeneigt gewesen, weitern Kredit zu geben, aber nur gegen Deckung. Den Brief vom 10. Okt. habe er unbeantwortet gelassen, weil er immer noch weitere Hinterlage erwartet habe, erst aus dem Brief vom 13. Nov. habe er gesehen, daß ein die Deckung übersteigender Kredit beansprucht werden wolle und hiegegen habe er sich sofort gewehrt. — Bei persönlicher Befragung erklärte G. Körner, es sei unwahr, daß Goßweiler ihm eröffnet habe, Bär mache seinen Eintritt als Gesellschafter von der Kreditbewilligung abhängig; dagegen habe Goßweiler allerdings den verlangten Kredit auf 20,000 Fr. beziffert, wogegen er *einstweilen* 5000 Fr. Deckung bringen wolle. Der Kredit sei ihm aber *nicht* zugesagt, sondern die Antwort, da er (Körner) gerade beschäftigt gewesen sei, erst für später in Aussicht gestellt worden. Körner erklärt, bei einer definitiven Abmachung über den Kredit würde er diese sofort schriftlich bestätigt haben. Goßweiler habe ihn mit Briefen in lästiger Weise überschwemmt. Bei Eingang des Briefes vom 10. Oktober habe Wäkerling gerade Ferien gehabt, und er, Körner, habe deßhalb den Brief für ihn bei Seite gelegt, nachher sei er krank geworden und habe darüber die Sache vergessen.

H. Der Kläger führt aus, er habe sich nach Empfang des beklagtischen Briefes vom 17. Nov. 1885 alle erdenkliche Mühe gegeben, anderweitig Kredit zu bekommen, seine bezüglichen Anfragen bei verschiedenen Banken, sowie auch Insertionen seien indeß ganz ohne Erfolg gewesen. In Folge der Geldverlegenheit sei er außer Stande gewesen, die am 21. Okt. 1885 fällige 125 Fr. betragende Prämie einer bei der „Genevoise" eingegangenen Lebensversicherungspolice zu zahlen, und es sei daher diese Police, welche er im November 1884 bei J. G. Körner zu Faustpfand für dessen Kontokorrentguthaben deponirt, untergegangen. — Er habe sich bei Fruchtlosigkeit jener Versuche wieder zu Körner begeben und ihn inständig um Hülfe gebeten, mit Brief vom 1. Dezember habe er ihn ersucht, wenigstens die 10 Bankaktien zurückzugeben, Alles ohne Erfolg. Die Situation habe sich endlich in der Weise gestaltet, daß er gezwungen gewesen sei, zur Auflösung der Societät Hand zu bieten, und das Geschäft mit Aktiven und Passiven vollständig dem Bär zu überlassen, ohne irgendwelchen Entgelt für die Mühe seiner Gründung und ohne auch nur, wie er sehnlich gewünscht habe, wenigstens als Angestellter im Geschäft verbleiben zu dürfen, der Auflösungsvertrag sei unterm 7. Dez. 1885 zu Stande gekommen, Bär habe aber hinterher seine Pflicht zur Tilgung der Passiven nicht erfüllt,

so daß er ihn dafür habe rechtlich betreiben müssen. — Unterm 12. Dezember wurde die Uebernahme des frühern Geschäftes Goßweiler und Cie. durch A. Bär als alleinigen Inhaber angezeigt.

I. Der Auflösungsvertrag vom 7. Dez. bestimmte, die schwebende Prozeßangelegenheit gegen J. G. Körner sei Eugen Karl Goßweiler zur Fortführung überlassen, und weiterhin bestätigte dieß Bär dem Vertreter des Klägers mit Briefen vom 12. und 15. Dez., mit dem Bemerken, daß Goßweiler in Folge dessen allfälligen Gewinn oder Verlust des Prozesses ganz für sich und seine eigene Person übernehme. — Der Vertreter der Klägerschaft erklärte dann in der Referentenaudienz unterm 8. Januar 1886, daß nunmehr als Kläger Eugen Karl Goßweiler persönlich auftrete.

K. Nachdem im erwähnten Prozesse die Hauptverhandlung auf heute anberaumt worden, reichte der Vertreter des Klägers eine zweite Klage gegen G. Körner als Beklagten ein, mit der Eingangs genannten Streitfrage, und suchte um Vereinigung beider Prozesse nach, in der Weisung war als Klägerschaft die Firma Goßweiler & Cie. genannt. Ueber das Verhältniß der beiden Klagen erklärte sich der klägerische Anwalt folgendermaßen: Die erste Weisung sei nun durch die zweite *ersetzt,* und deren Betrag in dieser mitenthalten, die zweite Klage sei nicht eigentlich eine neue, sondern enthalte nur die Nova, sie werde theils aus dem Vertragsbruch gegenüber der Firma, theils aus persönlicher Schädigung abgeleitet. Im Einverständniß des Vertreters des Beklagten, welcher erklärte, daß er überhaupt auf alle formellen Einreden verzichte, wurden darauf die beiden Klagen vorläufig vereinigt. Als dann aber der klägerische Anwalt erklärte, bei der zweiten Klage trete als Kläger Eugen Karl Goßweiler persönlich auf und es beruhe die Nennung der Firma Goßweiler & Cie. als Klägerin lediglich auf einem Irrthum des Friedensrichters, verfügte das Gericht die Trennung der ersten Klage von der zweiten und erklärte die erstere heute als in der formellen Art, wie sie erhoben worden, durch Rückzug erledigt.

L. Bezüglich des Gegenstandes des Klageanspruches verwies heute der klägerische Anwalt theils auf die Klageschrift im ersten Prozesse, theils auf eine von ihm eingelegte, vom Kläger angefertigte schriftliche Auseinandersetzung, worin folgende Schadensersatzposten geltend gemacht werden:

1. Umtriebe aller Art (Sorgen, Kummer, Streit, Bemühungen zur Abwendung der Krisis	Fr. 1000. –
2. Erwerbslosigkeit, 120 Tage à Fr. 5. —	Fr. 600. –
3. Wegen Verlust der Versicherungspolice der Genevoise von Fr. 5000. —: Einbezahlte Prämien Fr. 125. —. Muthmaßlicher Nachtheil Fr. 2500, zus. Fr.	2625. –
4. „Verunmöglichung eines prompten Nachkommens meiner Privatverbindlichkeiten“	Fr. 500. –
5. Gänzlicher Entzug einer sichern, gewinnbringenden, angenehmen Existenz	Fr. 21,770. –
6. Kreditschädigung im allgemeinen	Fr. 5000. –
7. Als Aequivalent der geistigen und physischen Arbeit zur Gründung eines guten, rentablen Geschäftes	Fr. 3000. –
Zusammen	Fr. 34,495. –

Zu Post 5 wird an Hand einer Bilanz vorgerechnet, daß der Bruttogewinn des Geschäftes in den beiden Monaten der Existenz des Letztern ca. 2800 Fr. oder 50 % der Verkäufe betragen habe, weiterhin ausgeführt, daß demnach das Bénéfice im ersten Jahre 10,000 Fr., im zweiten 17,650 Fr., im dritten, vierten und fünften Jahre je 24,850 Fr. betragen haben würde, hievon nimmt Kläger, offenbar mit Rücksicht auf A. Bär, je die Hälfte in Anspruch, im Ganzen 51,000 Fr., zieht dann höchst sonderbarer Weise die Kosten seines Lebensunterhaltes für die 5 Jahre, die er fortlaufend steigernd berechnet, mit 20,000 Fr. ab, und subtrahirt weiterhin vom Resultat von 31,000 Fr. noch 9330 Fr. unter dem Titel: 30 % Irrthum, um endlich zum Betrage von 21,770 Fr. zu gelangen. — Der Anwalt des Klägers beschränkte sich darauf, für diese Aufstellung im allgemeinen Beweis anzubieten, erklärte

indeß, daß er bezüglich des Betrages der gutzuheißenden Schadensersatz-Forderung durchaus auf das freie Ermessen des Gerichtes abstelle. — Der Vertreter des Beklagten bestritt, daß dem Kläger irgend ein Schaden entstanden sei, der mit der Verweigerung des streitigen Kredites im Zusammenhang stehe, und stellte auch in Abrede, daß für das fragliche Fourniergeschäft irgend ein Reingewinn konstatirt sei, sowie endlich, daß Kläger zum Aufgeben desselben gezwungen gewesen sei.

M. Aus den vorgelegten Kontokorentauszügen ergibt sich über das Rechnungs-Verhältniß der Parteien noch Folgendes: Im Gegensatz zur Darstellung des klägerischen Anwalts, es habe der Kontokorrent erst mit dem 14. Sept. 1884 begonnen, zeigt ein auf 31. März gl. Js. abgeschlossener Kontokorrent auf den Namen Eugen Karl Goßweiler einen Passivsaldo desselben von 1637 Fr. Dieser wurde dann auf den Kontokorrent Goßweiler und Gattiker übergetragen, welcher nach Mitte des Jahres 1885 mit dem Zusatz „in Liquidation" fortgeführt wurde und auf 31. Dez. 1885 im Soll einen Saldo von 6484 Fr. aufweist. In den Kontokorrent von Goßweiler und Cie. wurde diese Schuld nicht hinübergenommen, Letzterer ergibt auf Ende Dez. 1885 einen Passivsaldo von 11,951 Fr. 25 Cts. für Goßweiler & Cie., die letzte Zahlung des Beklagten datirt vom 17. November. — Als Deckung erhielt der Beklagte unbestrittenermaßen Mitte November 1884 die mehrerwähnte Lebensversicherungspolice, weiter am 1. September 1885 10 bayr. Staatsobligationen à 200 Mark und 4 solche à 500 Mark, sowie am 1. Oktober 10 österreich. Staatsschuldscheine à 100 fl., Beklagter berechnet den Gesammtwerth dieser Deckung auf 5000 Fr., hiezu kommen die 10 Bankaktien im Werthe von ca. 3900 Fr. für den Kontokorrent Goßweiler & Cie. Zu bemerken ist noch, daß Letzterer mit 1. September 1885 beginnt, bezw. ein zweiter, den heutigen Kläger persönlich treffender Kredit später auf den Namen der Firma umgeschrieben und weitergeführt wurde, und zwar wie Beklagter behauptet, auf die Anzeige von deren Gründung im Handelsamtsblatt, nach Angabe des Klägers dagegen in Folge des Briefes vom 10. Oktober.

N. Heute präzisirte der klägerische Anwalt seine Darlegung noch dahin, es habe bei der Verabredung des 20,000 Fr.-Kredites die Meinung gehabt, daß darin der Kontokorrent Goßweiler & Gattiker in Liquidation enthalten und die bezüglichen Pfänder dafür haften sollen. — Der Kläger erblickt im Stillschweigen des Beklagten auf den Brief vom 10. Okt. eine Anerkennung der darin nach seiner Ansicht beurkundeten Verabredung des streitigen Kredites. — Schließlich beruft derselbe sich noch darauf, daß auch bei allen frühern Kreditbewilligungen des Beklagten gleich wie bei der streitigen verfahren worden sei, daß nämlich jeweilen eine mündliche Verabredung stattgefunden habe und lediglich vom Kläger schriftlich bestätigt worden sei, während Beklagter hierauf nicht geantwortet habe. Mit Brief vom 5. Febr. 1884 sei dieß geschehen mit Bezug auf einen Kredit von 2000 Fr., unterm 27. Juni gl. J. weiterhin für einen Acceptationskredit von 2000 Fr.; in diesen Briefen wird allerdings auf eine vorherige Unterredung Bezug genommen. Was dagegen in dieser Hinsicht aus den weiter vorgelegten Schreiben hervorgehen soll, ist nicht ersichtlich. Der Beklagte bestreitet die klägerische Darstellung und beruft sich für den Gegenbeweis auf seine Bücher. — Der Vertreter des Klägers berief sich heute endlich noch auf die den Holzlieferanten von Goßweiler und Cie. im Oktober und November auf deren Anfrage über den Kläger gegebenen günstig lautenden Informationen als Beweismittel der Kreditzusicherung.

O. In zweiter Linie wendet der Beklagte ein, die Bedingung, an welche der streitige Kredit nach der eigenen Darstellung des Klägers geknüpft worden, wäre nicht erfüllt, da nicht wie vereinbart ein Faustpfand im Werthe von 5000 Fr., sondern nur ein nicht einmal 3900 Fr. erreichendes beschafft worden sei. Eventuell habe der Beklagte jedenfalls nur einen *vorübergehenden* Kredit zu beanspruchen gehabt, worunter ein solcher von bloß einigen Tagen, höchstens einigen Wochen, verstanden werde, während Kläger einen solchen für 6 Monate verlangt habe.

Vom Kläger wurde auf Gutheissung, vom Beklagten dagegen auf Abweisung der Klage

angetragen, je unter Kostens- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gegenpartei.

Entscheidungsgründe:

1. Schon bei Anhängigmachung der gegenwärtigen (zweiten) Klage erklärte der klägerische Anwalt, daß in derselben der mit der ersten Klage erhobene Anspruch mit enthalten sei. In dem heute festgehaltenen Gesuch um Vereinigung beider Prozesse schien jedoch der Wille bekundet, an beiden Klagen festzuhalten und nur eine gemeinsame Behandlung derselben herbeizuführen, um so mehr, als erklärt wurde, die zweite Klage sei nicht eigentlich eine neue, sondern enthalte nur die Nova. Da nun der Beklagte keine Einwendung dagegen erhob, daß der Kläger Goßweiler bei der ersten Klage in Folge Erwerbes des Streitobjektes als Kläger auftrete und im übrigen beide Klagen sich größtentheils auf die nämlichen Thatsachen stützten, so stand der einstweiligen Vereinigung beider Prozesse Nichts entgegen. (§ 243 des Rechtspflegegesetzes und § 254 das.) Nachdem sich dann aber durch die Ausführungen des klägerischen Anwaltes in der Hauptverhandlung ergeben, daß die zweite Klage ebenfalls von E. C. Goßweiler persönlich erhoben werde, und die Nennung der Firma Goßweiler & Cie. in der Weisung eine irrthümliche sei, erschien es als richtig, dic klägerische Ausführung, die erste Weisung sei durch die zweite *ersetzt* und der mit jener geforderte Betrag in dieser mit enthalten, dahin aufzufassen, daß sämmtliche vom Kläger geltend gemachte Ansprüche, sowohl diejenigen aus dem Rechte der Firma Goßweiler & Cie., als auch die in der eigenen Person des Klägers entstandenen, in der zweiten Klage zusammengefaßt und darin die ursprünglich der Firma zustehenden Ansprüche auf Grund der Abtretung Seitens A. Bär eingeklagt werden. Dieß ließ hinwiederum nur die Auffassung zu, daß auf Grund hievon die erste Klage in der formellen Art, wie sie erhoben worden, zurückgezogen werden wolle, und hievon ausgehend waren die beiden Prozesse wieder zu trennen und der erste als erledigt abzuschreiben.

2. Auf Grund hievon erscheint als Gegenstand der Klage eine Forderung des Klägers in dem in der Weisung genannten bezw. durch Ermessen des Gerichtes festzusetzenden Betrage, welche sowohl aus den in der ersten als den in der zweiten Klage angerufenen Thatsachen hergeleitet wird. Dabei unterscheidet der Kläger zwischen Ansprüchen, die ihm persönlich erwachsen seien, und solchen, die er aus dem Rechte der Firma Goßweiler und Cie. auf Grund der Abtretung Seitens des zweiten Associé Bär ableitet. Seine Darlegung ist aber insofern sehr mangelhaft, als er die Klagegründe in dieser Hinsicht nicht trennt, sondern vermischt und überall „theils“ aus dem einen, „theils“ aus dem andern Grunde klagt, so daß es an einer konkreten Begründung der einzelnen Posten eigentlich fehlt. So ist z. B. bei der Klagedarstellung der Post 5 der zweiten Klage, für entgangenen Gewinn, ganz unklar, ob diese Forderung aus dem Rechte der Firma oder den persönlichen Verhältnissen des Klägers abgeleitet werde; anscheinend ist letzteres der Fall, aber damit steht im Widerspruch, daß überall nur die Hälfte des ausgerechneten Gewinns verlangt wird, was annehmen läßt, es werde an Ansprüche der Firmaantheilhaber gedacht, wobei freilich auffälliger Weise die von Bär vorgenommene Abtretung seines Antheils wieder außer Acht gelassen wird. Im weiteren hat der klägerische Anwalt sich nicht darum bemüht, dem Gerichte darzulegen, welche Rechtsgründe er für die Klage, soweit er sie aus dem persönlichen Rechte des Klägers stellt, anzurufen im Falle sei, und es könnte aus allen diesen Gründen in Frage kommen, ob bei dieser mangelhaften Prozeßführung nicht die Klage wegen ihrer Unklarheit abzuweisen sei.

3. Hält man sich indeß beim Mangel der Bezeichnung von Rechtsgründen für die Entstehung persönlicher Ansprüche des Klägers lediglich an das in thatsächlicher Beziehung Vorgetragene, so ist klar, daß als vertraglicher Rechtstitel des Klägers lediglich der behauptete Darlehensvertrag vom 2. Oktober 1885 geltend gemacht werden will. Da nun aber jener Vertrag nach eigener Darstellung des Klägers jedenfalls nicht mit ihm persönlich, sondern mit der Firma Goßweiler & Cie. abgeschlossen wurde, so ist anzunehmen,

dem Kläger für die in seinem *eigenen Namen* erhobenen Ansprüche kein Rechtsgrund aus Vertrag zustehe, und im übrigen können Angesichts des thatsächlichen Klagevortrages nur Ansprüche aus unerlaubter Handlungsweise des Beklagten in Frage kommen. Wenn nun auch nicht einzusehen ist, worin der klägerische Anwalt solche erblicken will, so ist dies hierorts nicht zu untersuchen, da dem Gericht für Ansprüche, welche aus unerlaubten Handlungen eingeklagt werden, die Kompetenz fehlt. Freilich ist nicht von vornherein auszuschließen, daß aus dem Vertragsrecht der Firma auch die Haftung für die durch einen Vertragsbruch dem Kläger als Antheilhaber der Firma *nach Auflösung* derselben entstandenen Nachtheile abgeleitet werden könne, dieß ist aber nur zu beurtheilen, wenn die Thatsache des Vertrages feststeht, und jedenfalls kommt für die klägerischen Ansprüche nur der behauptete Darlehnsvertrag und für das Urtheil des Handelsgerichts nur dieser vertragliche Titel in Betracht.

4. Für die behauptete Willenseinigung der Parteien über den streitigen Darlehensvertrag trifft den Kläger die Beweislast. Mit dem Beweise muß es nach der Natur der Sache streng genommen werden, weil eine bloß mündliche Kreditzusicherung in einem so bedeutenden Betrag schon im allgemeinen äußerst unwahrscheinlich ist, und im vorliegenden Falle um so mehr, als wenigstens der eine Antheilhaber der neuen Firma und zwar der Kläger, der den Kredit nachsuchte, gänzlich mittellos war, was schon die Thatsache beweist, daß er nicht einmal den Betrag von 125 Fr. als Prämie der Versicherungspolice, trotzdem ihm an dessen Zahlung zur Erhaltung der Police gelegen sein mußte, aufzubringen vermochte. Daß aber das klägerische Geschäft, vermöge seiner Rendite, als eine Garantie hätte angesehen werden können, darf bei der kurzen Zeit seines Bestehens ebenfalls nicht angenommen werden. Dieser Mangel an Kreditfähigkeit spricht von vornherein gegen die Gewährung eines so bedeutenden Kredites. Daß dem gegenüber in den freundschaftlichen Beziehungen des Klägers zu Georges Körner ein gewichtigeres Gegenargument zu erblicken sei, ist schon an sich nicht einleuchtend, wird aber noch besonders dadurch widerlegt, daß zur kritischen Zeit Georges Körner nicht Inhaber, sondern bloß Prokuraträger des beklagtischen Geschäftes war. Im allgemeinen betrachtet überwiegen also entschieden die Momente, welche die Zusicherung des behaupteten Kredites durch mündliches Versprechen als ganz unwahrscheinlich darstellen. Hieran würde auch dadurch Nichts geändert, wenn die vom Beklagten bestrittene Behauptung des Klägers erwiesen wäre, daß er früher schon zwei Male vom Beklagten lediglich durch mündliche Zusicherung einen Kredit von Fr. 2000 erhalten habe; denn nicht nur besteht zwischen diesen Beträgen und der Höhe des nun eingeklagten Kredites ein wesentlicher Unterschied sondern es ist auch wohl zu beachten, daß wenigstens für den zweiten Kredit ein denselben annähernd sicherstellendes Faustpfand bestellt wurde, während dieß bei dem streitigen Kredit bei weitem nicht der Fall gewesen wäre. Zwar verändert heute der klägerische Anwalt seine Darstellung gegenüber der Klageschrift in der Weise, daß er nun zu behaupten scheint, die frühere Kreditbewilligung an Goßweiler & Gattiker in Liquidation im Betrage von annähernd Fr. 7000 sei in dem am 2. Okt. nachgesuchten und gewährten Kredit von Fr. 20,000 eingeschlossen gewesen, geräth aber dadurch mit der anderweitigen Behauptung in Widerspruch, daß der neue Kredit zur Deckung der darauf hin gemachten Waarenkäufe bestimmt gewesen sei, welche nach seiner eigenen Darstellung über 10,000 Mark betrugen, und auch der Brief der Kläger vom 18. Nov., womit dem Beklagten auf den streitigen Kredit hin ein Chek von Fr. 6000 avisirt wurde, zeigt, daß der Kläger einen *neuen* Kredit im Betrage von Fr. 20,000 in Anspruch nahm. Verhielte es sich anders, so wäre die Klage vollends unverständlich; denn in diesem Falle wäre ja das vom Kläger beanspruchte Darlehen, wie die in Fact. M. erwähnten Kontokorrente zeigen, bis auf wenige hundert Franken geleistet worden, und fiele die zur Grundlage aller Klageansprüche gemachte Behauptung eines Vertragsbruches ins Wasser.

5. Betrachtet man nun die vom Kläger beigebrachten Beweismittel, so kann nur von solchen für einen indirekten oder künstlichen Beweis die Rede sein; denn das einzige für den direkten Beweis angerufene Beweismittel, die persönliche Befragung des Beklagten, ist mißlungen. Der Kläger nimmt für sich in Anspruch, daß das Benehmen des Beklagten nach dem 2. Oktober den „untrüglichen Beweis" der streitigen Kreditgewährung bilde; dieser Auffassung kann aber das Gericht nicht beitreten. Vor Allem kann die Bekundung des Willens der Kreditgewährung im stillschweigenden Behalten des klägerischen Briefes vom 10. Oktober nicht gefunden werden. Der Satz, daß Stillschweigen als Anerkennung zu gelten habe, darf nicht ganz im allgemeinen ausgesprochen werden, vielmehr werden dabei stets die Verhältnisse des einzelnen Falles mitberücksichtigt werden müssen. (Siehe Gwalter's Zeitschrift, Bd. XXV, Seite 6 und Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege, Bd. II, Seite 218). Nun vermag der Beklagte glaubhafte Gründe dafür anzuführen, daß stillschweigendes Behalten des Briefes ursprünglich nicht beabsichtigt war, derselbe vielmehr vergessen wurde, — um eine Klage aus Schädigung durch unerlaubte Nachlässigkeit kann es sich hier aber, wie schon erörtert, nicht handeln. Im weitern aber enthielt jener Brief durchaus nicht, wie Kläger meint, eine klare Bestätigung oder Nennung des von ihm *behaupteten* Kreditvertrages, wonach die Kreditbewilligung lediglich an die faustpfändliche Hingabe von Werthtiteln im Betrage von Fr. 5000 geknüpft gewesen wäre; vielmehr ist darin ja erwähnt und durch Unterstreichung des Wortes „vorerst" sogar noch besonders hervorgehoben, daß noch weitere Deckung verabredet worden sei. Könnte also auch jenem Briefe maßgebliche Beweiskraft zugestanden werden, so wäre damit zugleich eine Bedingung der Kreditgewährung bewiesen, welche zugestandenermaßen nicht erfüllt wurde, also den Vertragsanspruch nicht hätte ins Leben treten lassen. Uebrigens wurde vom Kläger nicht einmal eine Deckung im Werthe von Fr. 5000 geleistet, von deren Beschaffung die Kreditbewilligung, wie er heute vortragen läßt, abhängig gemacht wurde, und ist seine Behauptung, die 10 Winterthurer Bankaktien, welche damals nicht einmal den Werth von Fr. 3900 hatten, seien für Fr. 5000 angenommen worden, bestritten, unwahrscheinlich, und der dafür angetragene Beweis durch persönliche Befragung des Beklagten bei Abnahme dieses Beweismittels laut dem hiefür maßgeblichen Verhandlungsprotokoll versäumt worden. — Ebenso wenig Beweiskraft kommt den weiterhin vom Kläger für seinen Indizienbeweis geltend gemachten Momenten zu. In der Thatsache, daß der Beklagte die ihm vom Kläger überbrachten Faustpfänder behielt, kann keine Bekundung der Kreditgewährung in der vom Kläger behaupteten Höhe gefunden werden, die stillschweigende Annahme derselben stimmt besser zur Darstellung des Beklagten, er habe einstweilen nur Kredit im Deckungswerth geben wollen, und etwas definitives sei überhaupt nicht abgemacht worden. Unerfindlich ist sodann, wie die blosse Thatsache einer späteren Kreditgewährung beweisbildend sein sollte für die Darlehensverpflichtung in einem dieselbe *übersteigenden* Betrag; durch den Umstand, daß ein Kredit über den Betrag der Faustpfänder hinaus thatsächlich gewährt wurde, ist nicht einmal eine Darlehenspflicht in *diesem* Umfange bewiesen. Endlich hat der klägerische Anwalt sich in seinem Vortrage noch auf die vom Beklagten über ihn ertheilte Auskunft berufen. Dieses Beweismittel erscheint als unerheblich, weil nicht etwa näher ausgeführt wurde, in welcher Weise die Auskunft gelautet und zwar etwa so, daß sie einen Schluß auf die streitige Kreditbewilligung zugelassen hätte, eventuell würde dieß kaum zur Erbringung des Beweises genügt haben. Dieser erscheint nach dem Gesagten nicht als geleistet, und es hat dieß die Folge, daß die Klage, ohne daß weiter auf dieselbe einzutreten wäre, abgewiesen werden muß.

6. Bei diesem Prozeßergebniß sind dem Kläger, als der unterliegenden Partei, die Gerichtskosten aufzulegen, und ist derselbe zu einer angemessenen Prozeßentschädigung an den Beklagten zu verpflichten.

Schluss:

1. Die Klage ist abgewiesen.

2. Die Staatsgebühr wird auf 300 Fr. festgesetzt.
3. Die Kosten sind dem Kläger aufgelegt.
4. Derselbe hat dem Beklagten eine Prozeß-Entschädigung von 50 Fr. zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Urtheil

der

Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

vom 20. Februar 1886

in Sachen

der Firma *Forrer & Siebenmann* in Zürich, Kläger und Appellanten,

gegen

Alexander Grimm, Kaufmann, auf dem Uetliberg-Zürich, Beklagten und Appellaten,

betr. Forderung.

Streit über das Vorhandensein sogenannter reiner und daher unklagbarer Differenzgeschäfte im Sinne von § 1403 des zürcher. Priv. G.-B. (siehe auch Art. 512 des Schweiz. O.-R.)

Streitfrage:

Ist der Beklagte verpflichtet, an die Kläger 723 Fr. 75 Cts. nebst Zins à 5 % seit 31. Oktober 1882 zu bezahlen?

Thatsächliches:

1. Der Beklagte Alexander Grimm war früher Angestellter eines Bankhauses in Bern. Im Frühjahr 1882 trat er dort aus und gründete in Zürich ein Bankkommissions- und Inkassogeschäft unter der Firma Alexander Grimm & Cie., was er mittelst eines Circulars vom 15. Mai 1882 auch den Klägern zur Kenntniß brachte. Er besuchte von da an die Zürcherbörse und trat bald mit den Klägern, welche den Beruf von Wechselagenten berufsmäßig betreiben, in einen regelmäßigen Geschäftsverkehr, welcher darin bestand, daß er sie bauftragte, die an der Zürcherbörse beliebtesten Spekulationspapiere, wie namentlich Aktien der Nordostbahn, der Gotthardbahn, der Westbahnen, der Vereinigten Schweizerbahnen und der Art-Rigi-Bahn, je auf Ende des Monats anzukaufen oder zu verkaufen. Die Kläger führten diese Aufträge aus und stellten ihm über jedes Geschäft einen Schlußzeddel zu, in welchem als Contrahenten immer nur Alexander Grimm & Cie. und Forrer & Siebenmann bezeichnet sind. Am Rande tragen die meisten dieser Schlußzeddel die gedruckte Bemerkung:

„Die Annahme dieses Schlußzeddels bedingt Anerkennung der Statuten und Usancen des Zürcher Effektenbörsenvereins."

Sämmtliche auf Ende eines Monats gekauften oder verkauften Werthpapiere wurden jeweilen innert der Lieferungsfrist wieder von den Klägern gemäß den vom Beklagten erhaltenen Aufträgen in gleicher Weise an ihn verkauft, resp. von ihm zurückgekauft, und es stellten dann die Kläger mit Ende des Monats dem Beklagten eine Liquidationsrechnung, deren Saldo von demjenigen Theil, dem derselbe zukam, sofort zu begleichen war.

2. Der Beklagte spekulirte unglücklich. Schon die erste auf Ende Juni abgeschlossene Liquidationsrechnung ergab einen Passivsaldo von 5608 Fr. 45 Rp.; auf Ende Juli ergab sich wieder ein solcher von 1420 Fr. 45 Rp. und auf Ende August ein solcher von 4267 Fr. 85 Rp. Alle diese Summen bezahlte der Beklagte ohne Widerrede. Der Monat September schloß mit einem Aktivsaldo von 232 Fr. 70 Rp., dagegen der Oktober wieder mit einem Passivsaldo von 623 Fr. 75. Unterdessen scheinen sich die Mittel des Beklagten, der auch noch mit andern Wechselagenten spekulirt hatte, erschöpft zu haben. Er stellte die Bitte um Zahlungsaufschub, und als er von den Klägern für diesen Saldo, sowie für den Saldo per Ende November im Betrage von 100 Fr. rechtlich betrieben wurde, nahm er Rechtsvorschlag. Die Kläger verlangten Rechtsöffnung und da der Beklagte der Vorladung vor den Audienzrichter zwei Mal keine Folge leistete, wurden die Rechte durch Verfügung vom 8. Dez. 1882 geöffnet. Der Rechtstrieb wurde jedoch nicht durchgeführt, da die Pfändung erfolglos war und der Beklagte verreiste.

3. Erst im August 1884, nachdem der Beklagte wieder in den Kanton Zürich ge-

kommen war und auf dem Uetliberg eine Anstellung gefunden hatte, wurde neuerdings der Rechtstrieb angehoben.

Nun stellte aber der Beklagte die Finrede des nicht klagbaren Differenzgeschäfts, gestützt auf § 1403 des zürch. P.-G.-B., welcher folgendermaßen lautet:

„Wird nur scheinbar Lieferung der Sache, „z. B. von Werthpapieren, verabredet, in „Wahrheit aber die bloße Kursdifferenz zwi- „schen dem jetzigen und dem Marktpreise „des Lieferungstermins zum Vertragsgegen- „stand gemacht, so ist ein zolches Differenz- „geschäft nicht als Kauf, sodern einem Spiel- „geschäft ähnlich zu behandeln und für eine „derartige Forderung auf Bezahlung der Dif- „ferenz kein Recht zu halten."

Sowohl der Audienzrichter des Bezirksgerichts Zürich als auch die Rekurskammer des Obergerichts schützten diese Einrede und verweigerten die nachgesuchte Rechtsöffnung,

4. Die Kläger betraten nun den Weg des ordentlichen Civilprozesses und anerboten hier namentlich auch den Beweis dafür, daß sie nicht selbst mit dem Beklagten spekulirt resp., wenn man das so nennen darf, gespielt, sondern nur dessen Aufträge ausgeführt, d. h. für ihn von Dritten gekauft, resp. an Dritte verkauft haben, so daß die Saldis, welche der Beklagte bezahlt habe resp. noch schulde, nicht ihnen zukommen. Sie produzirten zu diesem Zwecke einen amtlich beglaubigten Auszug aus ihren Büchern, welcher ihre Darstellung bestätigt und beriefen sich für dessen Richtigkeit auf die Mitkontrahenten als Zeugen.

5. Der Beklagte anerbot den Beweis dafür, daß die Kläger von seinen ziemlich prekären Vermögensverhältnissen durch Erkundigung bei der Berner Handelsbank Kenntniß gehabt haben, und zog daraus, sowie aus der Thatsache, daß die monatlichen Umsätze sich jeweilen auf 100,000 bis 200,000 Fr. beliefen, den Schluß, die Kläger haben wissen müssen, daß er nicht im Stande sei, die gemachten Käufe resp. Verkäufe effektiv auszuführen.

6. Das Bezirksgericht Zürich II. Sektion ·klärte die Einrede des nicht klagbaren Differenzgeschäfts für begründet und wies daher die Klage ab.

Die Begründung geht davon aus, daß alle Umstände, wie namentlich die Thatsache, daß eine effektive Lieferung der verkauften Werthschriften resp. Bezahlung des Kaufpreises nie stattfand, und der Beklagte offenbar hiezu auch nicht im Stande gewesen wäre, darauf hinweisen, daß die Intention der Parteien nicht auf den Abschluß reeller Kaufsgeschäfte, sondern nur auf Begleichung der jeweiligen Differenzen gerichtet gewesen sei, was eine thatsächliche Vermuthung für ein Differenzgeschäft begründe, so daß die Kläger, wenn sie das Gegentheil behaupten, dafür beweispflichtig seien. Ein solcher Beweis, sagt die erste Instanz ferner, sei nun aber nicht in genügender Weise anerboten, da das Beweisanerbieten der Kläger nicht dahin gehe, daß der Beklagte ihnen die zum Verkauf bestimmten Werthpapiere wirklich zu Handen des Dritten übergeben und daß die Kläger die von ihnen im Auftrage des Beklagten angekauften Werthpapiere von den Dritten wirklich bezogen haben, sondern nur, daß sie in der Lage gewesen wären, eventuell die angekauften Papiere auch zu liefern etc.

Gegen dieses Urtheil ergriffen die Kläger das Rechtsmittel der Appellation und dehnten das von ihnen gemachte Beweisanerbieten in der Hauptverhandlung auch noch dahin aus, daß bei einzelnen der an Dritte gemachten Käufe resp. Verkäufe, welche sie äußerlich zwar in eigenem Namen, in Wirklichkeit aber im Auftrage des Grimm abgeschlossen haben, in der That effektive Lieferung resp. Bezahlung und nicht blos Ausgleichung mit andern Käufern stattgefunden habe.

Entscheidungsgründe.

1. Die Kläger können ihre Forderung nicht auf die unterm 8. Dezember 1882 erwirkte Rechtsöffnung stützen; denn diese Verfügung hat nur für das Rechtstriebsverfahren, für welches sie erlassen wurde, rechtliche Bedeutung und steht einem rechtskräftigen Urtheil im Civilprozeß nicht gleich, besitzt also keine formelle Rechtskraft. Die

Klage kann daher nur gutgeheißen werden, wenn sie *materiell* begründet ist.

2. Die Aufträge, welche der Beklagte den Klägern zum Ankauf oder Verkauf von Werthpapieren ertheilte, waren zwar an sich nur geeignet, einen Kommissionsvertrag zu begründen; allein da die Kläger, wie aus den Schlußzeddeln und Liquidationsrechnungen hervorgeht, die sämmtlichen Kaufsgeschäfte mit dem Beklagten nicht nur auf eigenen Namen, sondern auch auf eigene Rechnung abgeschlossen haben, so sind sie als Selbstkäufer, resp. Selbstverkäufer in dieselben eingetreten. Nach Art. 444 des schweiz. Obligationenrechts ist nämlich bei Waaren, Wechseln und Werthpapieren der Kommissionär, wenn der Committent nichts Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, als Verkäufer auch selbst zu liefern oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten, und er hat hiebei nur die Verpflichtung, den zur Zeit der Ausführung des Auftrages geltenden Börsenpreis in Rechnung zu bringen, und wenn auch zur Zeit der in Frage stehenden Käufe und Verkäufe das eidg. Obl.-R. noch nicht gegolten hat, sondern die §§ 1627 und 1633 des Pr. G.-B., welche dem Kommissionär kein solches Recht einräumen, so ist dasselbe doch ohne Zweifel im vorliegenden Falle als zwischen den Parteien vereinbart zu betrachten, zum Mindesten hat der Beklagte die von den Klägern mit ihm abgeschlossenen Propregeschäfte nachträglich genehmigt.

3. Was die Kläger nunmehr gegen den Beklagten einklagen, ist der Saldo dieser zwischen ihnen abgeschlossenen Selbstkäufe und Selbstverkäufe, und es ist vom Letzteren nicht bestritten worden, daß alle diese Geschäfte formell richtig gebucht sind und daher auch der geltend gemachte Saldo zu Gunsten der Kläger daraus resultirt.

4. Dagegen erhebt der Beklagte die auf § 1403 des Pr. G.-B. gestützte Einrede des nicht klagbaren Differenzgeschäftes.

5. Diese Gesetzesstelle erklärt solche Differenzgeschäfte als nicht klagbar, bei welchen nur scheinbar Lieferung der Sache verabredet, in Wahrheit aber die bloße Kursdifferenz zwischen dem jetzigen und dem Marktpreise des Lieferungstermins zum Vertragsgegenstand gemacht wird, unterscheidet also zwei verschiedene Arten von Differenzgeschäften, von denen die eine Art klagbar, die andere nicht klagbar sein soll, und zwar mit Rücksicht darauf, daß letztere im Gegensatz zu den erstern in That und Wahrheit gar keine Kaufsgeschäfte, sondern bloßes Spiel, resp. Wette sind. Diese Rechtsanschauung entspricht durchaus der deutschen Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis, welche sich, auch ohne daß das deutsche Handelsgesetzbuch eine ähnliche Gesetzesbestimmung wie das zürch. Privatrecht enthielte, auf Grundlage der allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Unklagbarkeit der Spielgeschäfte herausgebildet hat; denn die Bestimmung des § 1403 des zürch. Pr. G.-B. ist eigentlich nichts Anderes, als die hieraus, sowie aus der Bestimmung des § 934 gezogene Konsequenz. Es ist daher diese Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis auch für das zürcherische Recht maßgebend. Die deutschen Gerichte unterscheiden nun, wie aus vielen Entscheiden des Reichsoberhandelsgerichtes hervorgeht (siehe namentlich Band VI pag. 224, Band XIV pag. 274, Band XV pag. 278 und Band XVII pag. 41 der Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichtes) zwischen sogenannten uneigentlichen Differenzgeschäften, welche klagbar sind (Differenzgeschäften im weitern Sinn), und den eigentlichen nicht klagbaren Differenzgeschäften (Differenzgeschäften im engern Sinn). Erstere sind reelle, auf Zeit abgeschlossene Kaufsgeschäfte spekulativer Natur, bei denen der Spekulant zwar meistens von Anfang an beabsichtigt, nicht reell zu liefern resp. den Kaufpreis zu bezahlen, sondern durch ein innert der Frist bis zum Lieferungstermin abgeschlossenes zweites Geschäft in entgegengesetzter Richtung und mittelst Kompensation der Resultate beider Geschafte einen spekulativen Gewinn zu machen, bei denen er aber, wenn ihm der Abschluß des zweiten Geschäfts nicht gelingt, effektiv liefern resp. bezahlen muß, und sich von seiner Verpflichtung nicht durch bloße Begleichung der Differenz zwischen dem Kaufpreise und

dem Marktpreise des Stichtags entlasten kann. Letztere dagegen sind bloße in die Form von Zeitgeschäften gekleidete Spielgeschäfte oder Wetten, deren wesentlicher Unterschied von den erstern darin liegt, daß die Kontrahenten beim Abschluß des ersten Geschäfts gegenseitig vereinbart haben, entweder lediglich am Stichtage die Differenz des Kaufpreises und des Marktpreises des Stichtags auszugleichen, also überhaupt gar nicht effektiv zu liefern, oder aber dieß nur unter der Bedingung zu thun, daß es dem Spekulanten gelinge, mittelst eines mit einem Dritten, wenn auch meist unter Mitwirkung des dabei wieder als Selbstkäufer auftretenden Wechselagenten, abgeschlossenen Kaufgeschäfts entgegengesetzter Richtung die sogenannte Kompensation zu bewirken, so daß, wenn diese Bedingung nicht eintrete, ebenso wie im erstern Falle nur die Bezahlung der bloßen Differenz und nicht die effektive Lieferung resp. Bezahlung verlangt werden könne. Das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer solchen Vereinbarung ist also das unterscheidende Moment. Am klarsten findet sich dieß ausgedrückt in dem in Band XV der Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelserichts auf pag. 278 abgedruckten Entscheide dieses Gerichtshofes, wo es auf pag. 279 heißt:

„Nicht durch die „Intention" der Parteien, „sondern durch deren *übereinstimmende* „*Willenserklärung,* daß das Recht des ge„winnenden Theils, wie die Verpflichtung des „verlierenden, sich auf Leistung einer Geld„summe beschränken solle, welche der Diffe„renz zwischen dem stipulirten Preise und „dem Börsenpreise des Stichtages entspricht, „unterscheidet sich das *wahre Differenz-* „*geschäft,* dessen Gültigkeit oder Klagbar„keit in Frage steht, von den unzweifelhaft „gültigen und klagbaren Spekulationsgeschäf„ten. Die Absicht, Intention, das Motiv einer „Erledigung des Geschäfts durch bloße Re„gulirung der Differenz liegt sehr zahlrei„chen, vielleicht den meisten Börsengeschäf„ten über Werthpapiere und andere, häufigen „Preisveränderungen ausgesetzte Waaren zu „Grunde, sie ist aber für den *juristischen* „Charakter des Geschäfts irrelevant, sofern „nicht *vertragsmässig* das *Recht* auf Liefe„rung bezw. auf Abnahme und Zahlung „*ausgeschlossen ist.*"

6. Es ist nun selbstverständlich, daß Derjenige, welcher behauptet, daß bei einem mittelst zweier Zeitgeschäfte und nachheriger Kompensation effektuirten Differenzgeschäfte die eben bezeichnete vertragliche Vereinbarung stattgefunden habe und hierauf gestützt der auf Bezahlung der Differenz gerichteten Klage die Einrede des Spiels entgegenstellt, jene Vereinbarung als Fundament seiner Einrede zu beweisen hat.

7. Mit diesem Beweise ist es im vorliegenden Falle schon deßhalb sehr strenge zu nehmen, weil die Usancen der Zürcherbörse, unter deren Herrschaft die in Frage stehenden Geschäfte abgeschlossen worden sind, von einer solchen Vereinbarung als Bestandtheil der börsenmäßig abgeschlossenen Geschäfte nichts enthalten, sondern im Gegentheil davon ausgehen, daß wenn ein Geschäft nicht durch Compensation erledigt werden kann, dasselbe effektiv auszuführen ist, indem sie für den Fall, daß dieß nicht rechtzeitig geschieht, ein sehr strenges Exekutionsverfahren festsetzen (siehe §§ 3 und 6 der allgemeinen Bestimmungen der Usancen).

8. Nun behauptet der Beklagte selbst nicht, daß eine *ausdrückliche* derartige Vereinbarung zwischen den Parteien stattgefunden habe, sondern er will nur aus den Umständen herleiten, daß man sich *stillschweigend* in diesem Sinn vereinbart habe. Es frägt sich daher, ob für diese letztere Annahme genügende Indizien vorliegen. Vom Standpunkte des Gesetzgebers aus sollte ein solcher Beweis wegen der außerordentlich trügerischen Natur der hiebei in Betracht fallenden Indizien gar nicht zugelassen werden, ja es dürfte wohl mit Fug und Recht noch weiter gegangen und die fragliche Vereinbarung nur dann für rechtsgültig erklärt werden, wenn sie in schriftliche Form gekleidet worden ist, in welchem Falle dann die Unklagbarkeit der eigentlichen Differenzgeschäfte den Geschäftsverkehr und die Moral in keiner Weise mehr schädigen könnte, wie dieß beim jetzigen Stande der Gesetzgebung von Seite der Wechselagenten und Sensalen

behauptet wird. Allein wir haben nun einmal noch die Bestimmungen des § 1403 des Pr. G.-B. und des Art. 512 des eidg. Oblig.-Rechts und müssen daher auch den fraglichen Indizienbeweis zulassen. Dagegen darf der gesetzgeberische Standpunkt bei Würdigung dieses Beweises immerhin in der Weise Einfluß auf den Richter ausüben, daß er es mit diesem Indizienbeweise sehr strenge nimmt, was übrigens, wie bereits bemerkt, auch deßhalb geschehen muß, weil eine solche Vereinbarung den Usancen der Zürcherbörse widerspricht, und auch sonst, wenigstens so weit die Kenntnisse diesseitigen Gerichts reichen, bei den an der Börse abgeschlossenen *Effektengeschäften* nicht üblich ist. Wie es sich dießfalls mit den Waarengeschäften verhält, fällt hier außer Betracht.

9. Als Indizien für die fragliche stillschweigende Vereinbarung werden in der Regel folgende hervorgehoben:

a) Wenn Waaren oder Effekten in einer solchen Menge resp. Stückzahl gekauft oder verkauft werden, daß Derjenige, dem später die Einrede des Spiels entgegengehalten wird, wissen mußte, daß effektive Lieferung wegen Nichterhältlichkeit der Waare unmöglich sei, also z. B. wenn sich ein Geschäft auf mehr Aktien einer bestimmten Gattung erstreckt, als überhaupt existiren. Dieses Indicium liegt hier nicht vor, da die Möglichkeit der effektiven Beschaffung der gekauften Werthpapiere außer Zweifel steht.

b) Wenn das Geschäft die ökonomischen Kräfte des einen oder andern Kontrahenten übersteigt, und derjenige, welchem die Einrede des nicht klagbaren Differenzgeschäfts entgegengehalten wird, dieß gewußt hat. Dieses Indizium darf nur auf Grundlage einer äußerst sorgfältigen Würdigung als wirkliches Beweismoment in Betracht fallen; denn wie Endemann Handelsrecht Band III pag. 15 mit Recht sagt, gehört die Ermittlung des wirklichen Vermögens zu den schwierigsten Aufgaben, zumal der Spekulant, der hintenher jeder Verpflichtung aus den eingegangenen Börsenoperationen entgehen will, das größte Interesse daran hat, sein Vermögen als möglichst gering darzustellen. Sodann ist die Möglichkeit reeller Geschäftsabsichten keineswegs ausgeschlossen, wenn auch der Spekulant nicht die ganze für den effektiven Kauf benöthigte Summe besitzt; denn es steht ihm ja frei, die Papiere in der Zwischenzeit bis zum Stichtage weiter zu verkaufen oder sich durch ein Report- oder Faustpfandgeschäft das zu deren Bezug erforderliche Geld zu verschaffen, und ähnlich verhält es sich, wenn er als Verkäufer die Werthtitel bis zum Stichtage zu liefern hat. Im vorliegenden Fall genügt es übrigens bezüglich der Frage, ob dieses Indizium vorliege, darauf zu verweisen, daß der Beklagte ein Bankkommissionsgeschäft betrieb, oder wenigstens sich als Inhaber eines solchen ausgegeben hatte, also die Kläger annehmen durften, daß er nicht für sich selbst, sondern für Dritte spekulire, über deren Namen und Vermögen sich zu erkundigen sie nicht einmal berechtigt, geschweige denn verpflichtet waren.

c) Wenn das Geschäft in Artikeln gemacht wird, in denen Handel zu treiben nicht zum Berufe der Kontrahenten gehört. Dieses Indizium hat wohl nur im Waarengeschäft eine gewisse, freilich sehr eingeschränkte Bedeutung, im Effektengeschäft dagegen sollte es eigentlich ganz wegfallen, da der Ankauf und Verkauf von Werthpapieren nicht Sache eines besondern Berufes ist, wenn auch nur einzelne Berufsarten sich *gewerbsmässig* damit befassen. Uebrigens gehören zufällig hier sowohl Kläger als Beklagter gerade zu diesen letztern.

10. Es ist daher von allen diesen Indizien kein einziges hier vorhanden und ebenso wenig weist sonst irgend etwas darauf hin, daß die Parteien die zu beweisende Vereinbarung auch nur stillschweigend getroffen haben.

11. Uebrigens müßten unter allen Umständen, bevor ein solcher Beweis als erbracht betrachtet werden dürfte, auch die für den Gegenbeweis geltend gemachten Indizien gehörig gewürdigt werden. Ein sehr gewichtiges solches Gegenindizium wäre es nun, wenn die Kläger, wie sie behaupten, bei jedem einzelnen mit dem Beklagten abgeschlossenen Geschäfte durch gleichzeitigen

Abschluß eines Geschäfts in entgegengesetzter Richtung mit einem Dritten sich gedeckt haben; denn es ist nicht wahrscheinlich, daß dieß geschehen wäre, wenn zwischen ihnen und dem Beklagten die fragliche stillschweigende Vereinbarung getroffen worden wäre, da erstere sonst die Gefahr gelaufen hätten, selbst effektiv bezahlen oder liefern zu müssen, während sie den Beklagten ihrerseits nur mit der Differenz hätten belasten können, es wäre denn, daß die gleiche Vereinbarung auch mit jenen Dritten stattgefunden hätte. Ganz besonders wichtig, ja geradezu ausschlaggebend wäre es daher, wenn es ihnen gelänge, auch noch den Beweis zu leisten, daß eine solche Vereinbarung mit diesen Dritten nicht bestanden habe, ein Beweis, der in schlagendster Weise dadurch erbracht würde, daß sie nachwiesen, daß diese Dritten oder einzelne derselben nur in *einer* Richtung Käufe abgeschlossen und daher am Stichtage entweder den effektiven Kaufpreis bezahlt und die gekauften Werthschriften bezogen oder umgekehrt die verkauften Werthschriften geliefert und den Kaufpreis von ihnen erhalten haben. Es ist indessen nicht nöthig, die für alle diese Thatsachen anerbotenen Beweise abzunehmen, da, wie bereits ausgeführt worden ist, auch absolut gar keine Indizien für den dem Beklagten obliegenden Hauptbeweis vorhanden sind.

12. Die Forderung der Kläger ist daher gutzuheißen, was auch mit der Praxis des Handelsgerichts in den Fällen Dreifuß gegen Suter (siehe Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege Band V pag. 216) und Düfour gegen Kübler (siehe Schweizerblätter für Handelsrechtliehe Entscheidungen Band II pag. 161) im Einklange steht.

Schluss.

Die Berufung der Kläger und Appellanten ist begründet und der Beklagte demnach verpflichtet, denselben 723 Fr. 75 nebst Zins à 5% seit 31. Oktober 1882 zu bezahlen. —

Forderung aus Mandatserfüllung.

(Art. 400 des O.-R.)

(Zur Belehrung von Ausstellungsbehörden und den Commissären verschiedener Ausstellungsgebiete.)

Am 2. Mai 1885 fand die Eröffnung der Weltausstellung in Antwerpen statt. Schweizerischer Commissär dieser Ausstellung war Monsieur Francillon in St. Immer. Von diesem hatte die Firma Hüni & Hübert Klavierfabrikation in Zürich, schon im Jahre 1884 drei Anmeldungsformulare erhalten und zwar eines für Ausstellung in der Industriehalle, eines für Ausstellung in der Maschinenhalle und eines für Ausstellung in der Abtheilung für Hafeneinrichtungen. Am 24. October 1884 füllte die Empfängerin das eine dieser Anmeldungsformulare und zwar dasjenige für Ausstellung in der *Maschinenhalle* dahin aus, daß sie in der Letztern einen Raum von 10 m² zum Miethpreise von 70 Fr. per m² für die Ausstellung von drei Klavieren beanspruchte. Als ihren Vertreter bezeichnete dieselbe den Herrn Friedrich Rommel in Antwerpen. Dieses ausgefüllte Formular sandte sie dem schweizerischen Commissär Francillon ein und dieser antwortete darauf mit Brief vom 12. Januar 1885, daß das Gesuch um Betheiligung an der Ausstellung in Ordnung und ihr der verlangte Raum von 10 m² „dans la section suisse“ reservirt sei, gleichzeitig frug er an, ob sie die Klaviere auf einem Podium ausstellen wolle, in welchem Falle er für die Herstellung eines solchen besorgt sein werde. Mit Correspondenzkarte vom 15. Januar antworteten Hüni & Hübert, sie haben ihren Vertreter mit der Aufstellung eines Podiums für die Klaviere beauftragt. Die Absendung der drei Klaviere erfolgte, dieselben wurden aber in Antwerpen nicht in der Maschinen-, sondern in der Industriehalle auf einem vom Vertreter der Aussteller besorgten Podium ausgestellt. Hier war indessen die Platzmiethe höher, der m² kostete statt bloß 70 Fr. 150 Fr. Der Commissär Francillon zahlte den Miethzins an die Ausstellungsbehörde mit 1493 Fr.

50 Rp. und verlangte sodann von Hüni & Hübert Rückerstattung dieser Summe. Diese anerkannten jedoch nur 700 Fr. als Platzmiethe für 10 m² à 70 Fr. und da Francillon sich damit nicht begnügen wollte, kam es zum Prozeß über die Streitfrage, ob die Beklagten verpflichtet seien, dem Kläger außer den anerkannten 700 Fr. noch weitere 793 Fr. 50 Rp. zu bezahlen. Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen, von der Appellationskammer des Obergerichtes mit folgender Begründung:

1. Das Vertragsverhältniß der Litiganten erscheint als Mandat. Unzweifelhaft ist, daß der Kläger die mit der Klage verlangte Summe verauslagt hat. Im Streite liegt dagegen, ob diese Auslage durch den ihm von den Beklagten ertheilten Auftrag verursacht worden sei. In dieser Hinsicht ist mit der ersten Instanz anzunehmen, daß der Auftrag ursprünglich den durch Ausfüllung des Anmeldungsformulars bezeichneten Inhalt gehabt habe und somit auf Verschaffung eines Ausstellungsraumes in der Maschinenhalle zum Preise von Fr. 70. — per m² gegangen sei. Es frägt sich aber, ob nicht nachträglich eine Abänderung des Auftrages in dem Sinne stattgefunden habe, daß ein isolirter Platz in der Industrieabtheilung für Fr. 150. — per m² gemiethet werden solle. Für eine solche Abänderung wäre die schriftliche Form nicht erforderlich gewesen, da solche für den Auftrag nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, sondern freiwillig gewählt war. Obl.-R. Art. 11.

2. Wenn zunächst argumentirt wird, die Ausstellung von Klavieren in einer Maschinenhalle sei ein Unding, und die Beklagten haben schon deßhalb mit einer Vollziehung des Auftrages, wie sie seither stattgefunden, als einverstanden gelten können, ferner, der Kläger habe auch bei Stillschweigen der Beklagten annehmen können, sie billigen die Miethe eines *isolirten* Platzes in der Industriehalle, indem die zu Fr. 70. — per m² für ununterbrochene Reihen erhältlichen Wandplätze dem Ausstellungszweck nicht genügt hätten, so erscheinen diese Beweismomente trotz einiger Wahrscheinlichkeit als unzureichend. Eine anderweitige Auffassung der Beklagten war ja immerhin gedenkbar, und es ist u. a. daran zu erinnern, daß die Maschinenhalle auch Abtheilungen enthalten konnte, in denen die Ausstellung von Klavieren gar nichts Unvernünftiges war. Ferner war die vorbehaltlose Annahme des beklagtischen Anmeldungsformulares geeignet, die Beklagten in den Glauben zu versetzen, daß der angemeldeten Ausstellungsweise bei der in dieser Hinsicht zu erwartenden Aufsicht und Prüfung der Ausstellungsbehörde keinerlei Bedenken entgegenstehen. Nicht schlüssig für Abänderung des Auftrages ist weiter die dafür angerufene Thatsache, daß es in der Maschinenhalle eine „Section Suisse“, wofür die beklagtische Anmeldung lautete, nicht gab, sondern nur in der Industrieabtheilung; denn erstens liegt Nichts dafür vor, daß die Beklagten hievon bei der Anmeldung oder vor der Plazirung der Klaviere Kenntniß hatten, und eventuell wäre für die Beklagten die Annahme nicht ausgeschlossen gewesen, daß die Ausstellungsbehörden in diesem Falle eine Ausnahme zuließen, da die Beklagten ihre Anmeldung als zugelassen betrachten durften.

3. Von größerer Bedeutung ist die Thatsache, daß die Beklagten an der Ausstellung einen in Antwerpen wohnenden Vertreter in der Person des Fritz Rommel hatten, der schon in dem Anmeldungsformular bezeichnet wurde. Aus dem Brief des Klägers vom 12. Januar 1885 in Verbindung mit der Korrespondenzkarte der Beklagten vom 15. Januar, wo diese mittheilen, sie haben ihren Vertreter mit der Erstellung eines Podiums für die Klaviere beauftragt, darf gefolgert werden, daß dieser Vertreter die Aufstellung der Klaviere besorgte, mithin auch deren Standort auf einem isolirten Platze in der Industriehalle kannte. Unbedenklich ist ferner anzunehmen, Rommel habe im Allgemeinen die Preise von Plätzen dieser Art gewußt. Ob ihm aber weiterhin bekannt gewesen sei, daß dieser ihm von der Ausstellungsbehörde angewiesene Platz nicht der im Anmeldungsformular bezeichnete war, ferner daß dem Kläger lediglich ein Auftrag auf einen Platz à 70 Fr. per m² ertheilt war, dafür fehlt es an genügenden Anhaltspunkten. Daß eine Instruktion in

diesem Sinne Seitens der Beklagten an Rommel ertheilt worden sei, ist nicht einmal behauptet worden. Es ist aber auch nicht klar, daß Rommel gemäß der übertragenen Vertretungsstellung sich hierum von sich aus habe bekümmern, oder die Beklagten ihm eine bezügliche Instruktion haben ertheilen müssen, in welchen Fällen die Unkenntniß hievon auf eine von den Beklagten zu verantwortende Nachlässigkeit zurückzuführen wäre. Denn es liegt durchaus nichts Näheres darüber vor, in welchem Sinne und Umfang eine Stellvertretung der Beklagten begründet worden sei, so daß bei der Unbestimmtheit bezw. Lückenhaftigkeit der Akten in dieser Hinsicht für das Gericht die nöthigen Anhaltspunkte fehlen. Sache des Klägers aber, der die Abänderung des ursprünglichen Auftrages geltend macht, wäre es gewesen, die ihm zu Gebote stehenden Thatsachen zu behaupten und zu beweisen. Es hätte aber bewiesen werden müssen, daß die Ausstellungsbehörde ihrerseits ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungsweise, sei es von Anfang an, oder später, in Abänderung eines bisherigen Miethvertrages auf einen Platz à 70 Fr. per m² einen solchen Vertrag à 150 Fr. per m² eingegangen sei; denn dies wäre zur Abänderung des Auftrages erforderlich gewesen, und es hätte sich in dieser Hinsicht ja auch die hinterherige Einräumung des bessern Platzes zu dem ursprünglich im Auge gehabten, im Anmeldungsformular enthaltenen Preise denken lassen. Ueberall mangelt es demnach an dem dem Kläger obliegenden Beweise, und es ist daher die Klage im bestrittenen Betrage abzuweisen. (Obergericht Zürich, Appellationskammer 9. Februar 1886.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. April 1886. V. Band. № 6.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweier, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 12. Februar 1886

in Sachen

der Firma *W. C. & J. Strutt,* Baumwollspinnerei in Belper, Derbyshire, England, Klägerin,

gegen

die Firma *Baumwollspinnerei & Zwirnerei Niederuster,* Beklagte,

betr. Markenrecht.

Streitfrage:

Ist die Beklagte verpflichtet, auch die neue, am 10. November 1885 in Bern eingetragene Fabrikmarke Nr. 1477 löschen zu lassen?

Thatsächliches:

A. Die zu Belper in England niedergelassene klägerische Firma ließ im Jahre 1880 beim eidgenössischen Markenamt in Bern eine Handelsmarke eintragen, welche im Bundesblatt genannten Jahrganges, Beilage zu Nr. 54, Seite 15 unter Nr. 27 publizirt wurde. Diese Marke, welche laut der Publikation bestimmt ist, für die Verpackung gezwirnter Baumwoll- und Wollenfäden zu dienen, zeigt in der Mitte eine senkrecht gehaltene Hand mit einem Stab. Dieselbe ist von einem kreisförmigen Band mit Schnalle umgeben, das die Inschrift „Strutt of Derby“ enthält, und am äußern Rand des Bandes befinden sich 8 durch gegen ihre Mitte ansteigende Stabbündel gebildete Zacken, welche in ihrer Gesammtheit eine sternartige Erscheinung darbieten; unterhalb ist in rechteckiger Linienfassung der Name Belper, stark hervortretend, angebracht. Für diese Marke verlangt die klägerische Firma gegenüber der Beklagten den Schutz des Gerichtes.

B. Die Beklagte meldete am 17. Februar 1885 beim Markenamt eine Marke an, die im Handelsamtsblatt genannten Jahres in Nr. 100 als Nr. 1334 publizirt wurde und eine starke Aehnlichkeit mit der klägerischen zeigte. Hiegegen opponirte die klägerische Firma und es kam zum Streit, der indeß, nachdem das Sühnverfahren beim Friedensrichteramt erfolglos gewesen war, gütlich beigelegt wurde, indem die Beklagte mit Schreiben vom 23. September 1885 sich zur Löschung der Marke anheischig machte, wie sie erklären ließ: „aus Mangel an Interesse an der Aufrechterhaltung.“

C. Unterm 10. November 1885 ließ die Beklagte eine neue Marke eintragen, die heute streitige. Dieselbe wurde im Handelsamts-

blatt 1885 als Nr. 1477 veröffentlicht, als Marke für Nähfäden in Strangen. Diese Marke enthält in der Mitte das Wappen der Zürcher Familie Escher vom Glas, bestehend aus einem bauchigen Trinkglas mit Stern darüber, auf einem Wappenschild, der von einer dreizackigen Krone überragt und rechts und links von einem drachenförmigen Wappenthier gehalten wird. Dieses Wappenbild ist kreisförmig von einem Band oder Ring ohne Schnalle umrahmt, das die Inschrift „Best sewings Niederuster" trägt, und an der Außenseite dieses Ringes gehen von demselben Stäbe aus von verschiedener Länge, und daher Zacken bildend, letztere aber in der Gesammtzahl von 16 und unter sich weniger eingeschnitten, und daher eher das Bild einer kreisförmigen, denn einer sternartigen Ausstrahlung bildend; der Raum unter dieser Marke ist leer.

D. Es herrscht kein Streit darüber, daß die klägerische wie die beklagtische Marke zur Bezeichnung von gezwirnten Fadenstrangen verwendet werden, und zwar in Paqueten, die in ihrer Grösse jedenfalls nicht wesentlich differiren, ferner, daß die Marken lediglich auf den Umschlag dieser Papuete gedruckt werden und hiezu von beiden Firmen ein braunes Packpapier von ähnlichem Farbton gebraucht wird. Auf diesem Packpapier gedruckt zeigen beide Marken annähernd die nämliche Grösse, wenn die bei der klägerischen, unten angebrachte Inschrift Belper außer Betracht gelassen wird. Beide Parteien versenden die unter dieser Marke ausgebotene Waare namentlich auf den Markt von Odessa.

E. Die Klägerin macht nun geltend, daß die beklagtische Marke Nr. 1477 eine unerlaubte Nachahmung ihrer eigenen Marke Nr. 27 enthalte und verlangt Löschung derselben, die Beklagte dagegen hält an der angefochtenen Marke fest.

F. Zur Abweisung des Angriffs führt die Beklagte an, daß auf dem südrussischen Markte unangefochten Marken anderer englicher Firmen im Verkehr seien, die weit mehr Aehnlichkeit mit der klägerischen zeigen, als die ihrige, und legt in der That mehrere solche Marken vor, nämlich von Greg & Cie. und Ermen & Roby in Manchester. Die Klägerin bezeichnet dies als unerheblich und wendet sodann ein, diese Marken seien mit der klägerischen gleichberechtigt, was sich dadurch erkläre, daß dieselben neben letzterer schon vor Erlass des englischen Markenschutzgesetzes im Gebrauch gewesen seien, für welche, von der Beklagten bestrittene Behauptung, Beweis anerboten werde. Die Beklagte führt ihrerseits an, daß sie das Escher-Wappen schon seit mehr als 10 Jahren als Handelsmarke führe, und legt dafür Beweise vor. Die Klägerin beruft sich auf Expertise dafür, „daß zwischen den beiden Marken eine derartig nahe Verwandtschaft in ihrem Gesammtbild bestehe, daß dadurch das Publikum irre geführt werde", und anerbietet „Zeugenbeweis dafür, daß wirklich Täuschungen des Publikums durch die gegnerische Marke gegenüber der unsrigen erfolgt sind."

In zweiter Linie nimmt die Klägerin den Standpunkt ein, daß sich die Führung der streitigen Marke Seitens der Beklagten als „Concurrance déloyale" darstelle und ruft in dieser Hinsicht Art. 50 u. f. des Obligationenrechtes an.

G. Die Klägerin beantragt Gutheissung, die Beklagte dagegen Abweisung der Klage je unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gegenpartei.

Entscheidungsgründe:

1. Es ist der Nachweis als geleistet zu betrachten, übrigens von der Beklagten nicht bestritten, daß die Marke der Klägerin, auf deren gerichtlichen Schutz die Klage geht, nach den Vorschriften des Bundesgesetzes betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 10. Christmonat 1879 beim eidgen. Markenamt hinterlegt und im Bundesblatt publizirt wurde. Auch darüber kann kein Zweifel herrschen, daß die klägerische Firma, die in England etablirt ist, zur Hinterlegung der Marke im Sinne von Art. 7, Abs. 2 des Bundesgesetzes berechtigt war. Denn nicht bloß ist die hier geforderte Reziprozität durch die am 6. November 1880 zwischen dem schweizerischen Bundesrathe und der königl. großbritannischen Regierung ausgetauschte Erklärung betr. den gegenseitigen Schutz der Fabrik- und Handelsmarken (Bundesgesetze A. S. Bd. V Ste. 238, siehe auch bundesgerichtliche Entscheidungen A. S. Bd.

VII, S. 402) gewährleistet, sondern es gehört Großbritannien auch zu der den Vertragsstaaten die rechtliche Gleichstellung mit den Bürgern des eigenen Staates zusichernden internationalen Konvention zum Schutze des gewerblichen Eigenthums vom 20. März 1883 (Bundesges. A. S. Bd. VII, S. 517) und zwar seit 17. März 1884 (Siehe „La propriété indistruelle" I. Bd. 1885, S. 5.) Der Klägerin stehen demnach diejenigen Rechte zu, welche das Bundesgesetz dem Inhaber einer in gesetzlicher Weise eingetragenen Handelsmarke gibt.

2. Die Klägerin macht diesfalls geltend, die streitige Marke Nr. 1477, welche die Beklagte seit dem klägerischen Rechtserwerb eintragen ließ, sei eine unerlaubte Nachahmung ihrer eigenen Marke Nr. 27. Die Nachahmung der Marke eines Andern ist nun gemäß Art. 18 lit. b des Bundesgesetzes dann unstatthaft, wenn sie so geschieht, „*dass das Publikum irre geführt wird.*" Ob dies bei der streitigen Marke zutreffe, ist also die in diesem Prozeß zu entscheidende Frage.

3. Diese ist offenbar rein thatsächlicher Natur. Dabei sind aber folgende, sich theils aus dem Ausdruck, theils der offenbaren Absicht der Gesetzesstelle sich ergebende allgemeine Gesichtspunkte festzuhalten. *Geschüzt* ist die Marke, d. h. das Bild, welches dieselbe darstellt, diese gilt als das Waarenzeichen, nicht dagegen die darin enthaltenen Worte, letztere jedenfalls nur etwa insofern, als sie selbst wesentlich als das Markenbild hervortreten. Unzulässig ist jedes Markenbild, wodurch das *Publikum* irre geführt wird. Hieraus folgt, daß für die Beurtheilung der Aehnlichkeit resp. Möglichkeit der Irreleitung die Lage des Publikums maßgebend ist, und zwar desjenigen, welches Abnehmer der unter der Marke ausgebotenen Waare ist. Dabei wird davon auszugehen sein, daß der Abnehmer die ächte Marke nicht etwa zur Vergleichung mit sich führt, so daß für die Möglichkeit der Irreleitung das *im Gedächtniss* zurückbleibende Bild der ächten Marke in Betracht kommt, und endlich muß für das Maß der Aufmerksamkeit, wie auch Intelligenz, das sowohl hinsichtlich der Festhaltung der ächten Marke im Gedächtniß, als auch für die Vergleichung, bezw. die Entdeckung einer Nachahmung erwartet werden darf, der für die gewohnten Abnehmer der Waare zutreffende Maßstab zu Grunde gelegt werden. Es kann dies dahin zusammengefaßt werden, daß jede Marke unerlaubt ist, die sich nicht von dem beim kaufenden Publikum zu Gunsten der gesetzlich geschüzten Marke im Gedächtniß zurückbleibenden *Gesammtbild* wesentlich unterscheidet. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung durch die in Art. 6 des Bundesgesetzes enthaltene Vorschrift, daß die neu einzutragende Marke sich von den schon hinterlegten durch wesentliche Merkmale unterscheiden müsse, daß aber unter dieser Voraussetzung auch gewisse Bestandtheile einer bereits hinterlegten Marke für die neue Marke verwendet werden dürfen.

4. Ob nun, in diesem Lichte betrachtet, die streitige Marke sich von der klägerischen genügend unterscheide, daß beim Publikum eine Verwechslung nicht leicht vorkommen kann, ist allerdings Sache subjektiven Eindruckes. Das Gericht glaubt indessen die Frage entschieden bejahen zu sollen. Maßgebend bleibt das Gesammtbild der beiden Marken, und dieses setzt sich sowohl aus dem in der Mitte stehenden Zeichen, als den übrigen Bestandtheilen zusammen; es wäre unrichtig, wie vom Vertreter der Beklagten beansprucht wurde, lediglich auf ersteres Merkmal abzustellen. Vielmehr wirkt naturgemäß Alles in der Marke dem Auge erscheinende zum Gesammtbilde mit, freilich sind einzelne Elemente mehr als andere geeignet, im Gedächtniß haften zu bleiben. Es muß nun gesagt werden, daß die klägerische Marke bei einer Beobachtung, wie sie auch bei einem Publikum von sehr geringer Intelligenz, Bildung und Aufmerksamkeit beim Kaufe von Gegenständen des täglichen Konsums zu finden ist, geeignet ist, im Gedächtniß ein Bild zurückzulassen, das die Verwechslung der beklagtischen Marke mit derselben nicht leicht möglich macht, also in der Regel ausschließen wird. Wenn auch die Grösse der beiden Markenbilder die nämliche ist, und sie, was übrigens nach dem Bundesgesetz als unerheblich erscheinen

dürfte (siehe Art. 2 und 4 Abs. 3), auf sehr ähnlichem Papier, und wahrscheinlich auf Paqueten von gleicher Grösse gedruckt sind, so bleiben doch ganz wesentliche Differenzen. Dem Gericht ist nicht bekannt, ob die strahlenartige Umfassung, welche bei beiden Marken stark hervortritt, nur ihnen eigenthümlich sei, oder, wie es fast den Anschein hat, auf dem in Frage stehenden Markt zur Annoncirung von Waaren dieser Art überhaupt üblich, in soweit Gemeingut sei, das aber steht fest, daß die Ausführung dieser Strahlenzeichnung bei der einen und andern Marke ein wesentlich verschiedenes und kaum zu verwechselndes Bild zeigt, bei der klägerischen erscheint dieselbe in Sternform, bei der beklagtischen hingegen als Strahlenkranz. In Folge dessen gewinnt erstere Marke mehr das Bild des Sterns, letztere aber das einer mit Strahlen verzierten runden Scheibe. Dieses letztere Gesammtbild wird sodann einigermaßen dadurch unterstützt, daß bei der beklagtischen Marke der Ring lediglich die Markirung eines äußern Kreises darstellt, ziemlich gleichmäßig mit Buchstaben bedeckt ist und das Centrum durch die Innenfigur beinahe ganz, aber in wenig hervortretenden Zügen ausgefüllt ist; letzteres verstärkt den Eindruck der Scheiben, ersteres den der Kreisform. Die Marke der Kläger zeigt dagegen sowohl in der peripherischen Umrahmung als auch bei der Ausfüllung des Centrums ein viel ungleichförmigeres und darum marquantes Gepräge. Wenn hier auch die Gestaltung des Ringes als Band mit Schnalle im Gedächtniß weniger haften bleiben dürfte, so ist doch das eigentliche Markenzeichen, die senkrechte Hand mit dem Stab sehr charakteristisch und vom beklagtischen Wappenbild auffällig verschieden, und dies zwar nicht blos für das auf die heraldische Form gerichtete Auge, sondern schon durch das starke Hervortreten des einen Zeichens im Centrum gegenüber dem Verschwimmen des andern auf der Scheibe. Endlich dürfte die dem klägerischen Zeichen unten im Rahmen beigefügte Inschrift Belper, die sehr stark hervortritt, doch auch als für das Bild der Marke kennzeichnend im Gedächtnisse bleiben. In ihrer Zusammenfassung jedenfalls erscheinen die Verschiedenheiten als so bedeutend, daß nach Auffassung des Gerichtes nicht anzunehmen ist, es werde das Publikum die beklagtische Marke mit derjenigen der Klägerin verwechseln und durch jene irregeleitet werden.

5. Das Urtheil hierüber hat nicht etwa besondere technische Kenntnisse zur Voraussetzung, die dem Richter abgehen würden, und das anerbotene Beweismittel der Expertise erscheint daher als untauglich. Der Beweissatz der Klägerin, daß wirkliche Täuschungen des Publikums durch die beklagtische Marke gegenüber der klägerischen erfolgt seien, involvirt eine Behauptung, die zu allgemein ist, um gehört werden zu können. (§ 333 des Rechtspflegegesetzes.)

6. Was endlich den von den Klägern eingenommenen Rechtsstandpunkt der „concurrance déloyal" anbetrifft, so könnte in einer Handlungsweise, welche diese Bezeichnung verdienen würde, nicht ein *selbstständiger Rechtstitel* für den dadurch etwa Beeinträchtigten erblickt werden. Die von der Klägerin angerufenen Artikel 50 und f. des Obligationenrechtes geben nur Ansprüche bei *unerlaubten* Handlungen, der Maßstab dafür aber, ob die Führung einer Handelsmarke eine solche enthalte, ist lediglich im Bundesgesetz über den Markenschutz zu suchen.

7. Die Klage ist demnach abzuweisen und das Unterliegen der Klägerin hat für sie die Pflicht zur Tragung der Gerichtskosten, sowie Zahlung einer angemessenen Prozeßentschädigung an die Gegenpartei zur Folge (§ 272 des Rechtspflegegesetzes).

Schluss.

1. Die Klage ist abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr ist auf 200 Fr. festgesetzt.
3. Die Kosten sind den Klägern aufgelegt.
4. Dieselben haben der Beklagten eine Prozeßentschädigung von 100 Fr. zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Urtheil

der

Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

vom 13. Februar 1886

in Sachen

Titus Dürr & *Cie.* contra *Wittwe Brunner*.

Zeitliche Rechtsanwendung. Einfluß des Eigenthumsüberganges an einer unbeweglichen Miethsache auf das Miethverhältniß.

Streitfrage:

Sind die Beklagten verpflichtet, der Klägerin als Miethzins für die Zeit vom 1. April bis 1. Juli 1883 Fr. 1750 nebst Zins à 5% seit dem 1. Oktober 1883 zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Am 24. Mai 1882 verkaufte Titus Dürr, Vater, sein bis dahin im Hause „zum Steinkeller" an der Marktgasse-Zürich betriebenes Geschäft, bestehend in Waaren, Guthaben, Geschäftsmobiliar und Kundsame, an seinen Sohn, und vermiethete ihm zugleich das ganze genannte Haus *auf die Dauer von 6 Jahren* gegen Entrichtung eines jährlichen Miethzinses von 7000 Fr., zahlbar in halbjährlichen Raten je auf 1. April und 1. Oktober. Der Sohn, welcher den gleichen Vornamen trägt, wie der Vater, associrte sich mit einem Dritten, und es betrieb die so entstandene Kollectivgesellschaft das Geschäft unter der Firma: „Titus Dürr & Cie."; auf sie scheint auch der Miethvertrag übergegangen zu sein.

B. Genau ein Jahr später, nämlich am 24. Mai 1883, verkaufte Vater Dürr das Haus an die Frau Wittwe Brunner, Gastwirthin zum „Rothhaus" in Zürich. Im Kaufvertrage ist bestimmt:

a) Das Kaufsobjekt wird sofort angetreten.
b) Der von heute an laufende, von Titus Dürr & Cie. für das Kaufsobjekt zu entrichtende Miethzins fällt der Käuferin zu. Der betreffende Miethvertrag wird ihr indessen nicht, resp. im Sinne des Art. 281, l. 2 des Obligationenrechtes, überbunden.

Die notarialische Fertigung des Kaufvertrages fand am 29. Mai 1883 statt, und es ist in dem betreffenden Kaufbrief bestimmt:

a) Der Kaufantritt *hat* stattgefunden.
b) Die Käuferin hat den bestehenden Miethvertrag mit Titus Dürr & Cie. nicht, resp. im Sinne des Art. 281, l. 2 des Obligationenrechtes zu übernehmen, unter Bezug des Miethzinses vom 24. Mai 1883 an.

C. Am 21. Juni 1883 kündigte die neue Eigenthümerin des Hauses, Frau Brunner, der Firma Titus Dürr & Cie. das Miethverhältniß auf den 1. Oktober 1883 und erwirkte, da die Räumung der Lokalitäten auf jenen Zeitpunkt nicht erfolgte, unterm 3. Oktober 1883 gegen die genannte Firma einen Ausweisungsbefehl, worauf diese am 8. Oktober auszog.

Am 2. Juli 1883 bescheinigte Titus Dürr, Vater, der Frau Brunner den „heutigen" Empfang von 1014 Fr. 40 Rp. „als Zinsenvergütung vom 1. April bis 24. Mai 1883 der Miethe von Titus Dürr & Cie für das von mir gekaufte Haus an der Marktgasse, welche mir laut Notariatsprotokoll noch gut kommen."

D. Mit Weisung vom 11. Juli 1883 klagte Vater Dürr gegenüber der Firma Titus Dürr & Cie. aus dem Kaufvertrag vom 24. Mai 1882 beim Bezirksgericht Zürich eine Forderung von ca. 79,000 Fr. ein. In der Klagebeantwortungsschrift, welche das Datum vom 17. September 1883 trägt, stellte die Letztere eine Widerklage, vermittelst der sie vom Kläger und Widerbeklagten Bezahlung einer Schadensersatzforderung von 15,000 Fr. verlangte, weil derselbe durch den Verkauf des Hauses an der Marktgasse ohne Ueberbindung des auf die feste Dauer von 6 Jahren (bis 24. Mai 1888) abgeschlossenen Miethvertrages, diesen letztern gebrochen und die Widerklägerin dadurch in dem genannten Umfange geschädigt habe. Die Duplikschrift auf diese Widerklage datirt vom 12. Dezember 1883.

E. Am 8. Oktober 1883 zeigte Vater Dürr seinem Sohne zu Handen der Firma Titus Dürr & Cie an, daß der mit 1. Oktober 1883 verfallene Miethzins von 3500 Fr. an Frau Brunner zu bezahlen sei, weil derselbe beim Verkaufe des Hauses an die Letztere zwischen ihm und dieser verrechnet worden sei.

F. Mit Rechtsbott vom 11. Dezember 1883 betrieb Frau Brunner die Firma Titus Dürr & Cie. für den Halbjahrsmiethzins vom 1. April

bis 1. Oktober 1883 im Betrage von 3500 Fr., erhielt jedoch Rechtsvorschlag und wurde mit ihrem Rechtsöffnungsgesuch erstinstanzlich abgewiesen, weil:

a) Die Ansprecherin den eingeklagten Anspruch aus einer Cession des Vater Dürr ableite und sich deßhalb gemäß Art. 189 des O. R. alle Einreden gefallen lassen müsse, welche die Schuldnerin bis zu dem Momente, in welchem sie von der Cession Kenntniß erhalten habe, dem Cedenten selbst hätte entgegenhalten können.

b) Die Betriebene erst im September oder Oktober von der Abtretung Kenntniß erhalten habe und nun in zureichender Weise wahrscheinlich gemacht sei, daß derselben damals gegenüber dem Cedenten Vater Dürr eine den streitigen Anspruch übersteigende Gegenforderung zugestanden habe, weßhalb dieselbe mit der vorgeschützten Compensations-Einrede gehört werden müsse. Der Wahrscheinlichkeits-Beweis für die geltend gemachte Gegenforderung liege darin, daß der Cedent der Ansprecherin, Vater Dürr das auf die Dauer von 6 Jahren an die Betriebene vermiethete Haus ohne Ueberbindung des Miethvertrages verkauft, dadurch der Letztern den Miethbesitz in vertragswidriger Weise vorzeitig entzogen habe und nach den Verhältnissen keinem Zweifel unterliegen könne, daß dieser Vertragsbruch eine bedeutende Schädigung der Betriebenen zur Folge gehabt habe. Der Umstand, daß diese Schadensersatz-Forderung zur Zeit den Gegenstand eines zwischen Vater Dürr und der Firma Titus Dürr & Cie. pendenten Prozesses bilde, sei nicht geeignet, die Compensationseinrede zu verwerfen, weil der Schuldner nach Art. 131 des O.-R. die Verrechnung auch dann geltend machen könne, wenn seine Gegenforderung bestritten sei.

G. Die Rekurskammer des Obergerichtes, an welche die Ansprecherin Rekurs ergriff, ertheilte derselben Rechtsöffnung für den Vierteljahrszins vom 1. Juli bis 1. Oktober 1883, betragend 1750 Fr., wies dagegen das Gesuch bezüglich der Zinsforderung für die Zeit vom 1. April bis 1. Juli 1883 ab. Dabei ging dieselbe von dem thatsächlichen Irrthum aus, daß die Ansprecherin erst am 2. Juli 1883 notarialische Eigenthümerin des Hauses zum „Steinkeller" geworden sei und erklärte, daß ihr der Zinsanspruch von da an *kraft eigenen Rechtes* und nicht aus dem Titel einer von Vater Dürr abgeleiteten Cession zustehe, weßhalb *diesem* Anspruch natürlich auch die aus dem Schuldverhältniß des Vaters hergenommene Gegenforderung nicht compensando gegenüber gestellt werden könne. Es ist klar, — wird in dem Rekursentscheid gesagt, — daß Vater Dürr nur für den Zeitraum Miethzins fordern konnte, während welchem er sein Haus der Firma Titus Dürr & Cie. vermiethet hatte. Nachdem aber Frau Brunner Eigenthümerin des Hauses geworden war, hatte er keine Miethzinse mehr zu fordern und konnte er somit solche auch nicht cediren. Vielmehr war es die neue Erwerberin, welche, indem sie die gesetzliche Pflicht übernahm, die Firma Titus Dürr bis zum nächsten offenen Ziel im Hause zu behalten, nun auch kraft eigenen Rechtes als Vermietherin vom Miether den Zins verlangen konnte. Das Obligationenrecht überbindet dem Käufer eines Hauses die darauf bezüglichen Miethverträge nicht, es findet also keine gesetzliche Abtretung der Rechte vom frühern auf den spätern Hauseigenthümer statt, sondern die Verpflichtung des neuen Eigenthümers ist eine nur auf dem Gesetze beruhende (Siehe Schneider, Commentar ad Art. 281, Ziff. 4 des O.-R.), welche als Ausnahme von der Regel: „Kauf bricht Miethe" und von dem Satze, daß obligatorische Verträge nur für die Contrahenten Wirkung haben, — streng und engstens auszulegen ist.

H. Mit diesem, am 13. Februar 1884 gefällten Entscheide begnügte sich die Frau Brunner nicht. Vielmehr betrat sie nun den Weg des ordentlichen Prozesses und verlangte auf diesem Condemnation der Firma Titus Dürr & Cie., ihr auch den Vierteljahrszins für die Zeit vom 1. April bis 1. Juli 1883 mit 1750 Fr. zu bezahlen. Nach der richtigen Argumentation der Rekurskammer habe sie den Miethzins vom Momente des Kaufsabschlusses an *aus eigenem Rechte* zu fordern, dieser Zeitpunkt falle aber nicht, wie jene Stelle irrthümlicher Weise angenommen habe

auf den 2. Juli, sondern auf den 24. Mai 1883. Die aus einem Schuldverhältniß des Vater Dürr hergenommene Compensations-Einrede könne also dem Zinsanspruch für die Zeit vom 24. Mai bis 1. Juli nicht entgegengehalten werden, woraus die Begründetheit der Forderung im Betrage von 863 Fr. 10 Rp. folge. Es werde aber auch an dem Zinsanspruch für die Zeit vom 1. April bis 24. Mai festgehalten, weil die behauptete Forderung an den Vater Dürr nicht anerkannt und die Compensationsbefugniß mit Rücksicht darauf bestritten werde, daß die Beklagte jene Forderung bereits gegenüber dem Vater Dürr selbst geltend gemacht habe.

J. Die Beklagte beharrte darauf, daß sie an Vater Dürr wegen Bruch des Miethvertrages 15,000 Fr. zu fordern habe und berechtigt sei, gegenüber der *ganzen* eingeklagten Miethzinsforderung zu compensiren. Die Theorie der Rekurskammer, wonach die Letztere vom Kaufsabschlusse an von der Klägerin *aus eigenem Rechte* erworben worden sei, stehe mit Art. 281 des O.-R. im Widerspruch, denn diese Gesetzesstelle sage ausdrücklich, der Miether könne die Fortsetzung des Vertrages vom neuen Erwerber des Miethobjektes *nicht* fordern, womit des Deutlichsten ausgesprochen sei, daß der Letztere mit dem Miethvertrag überall nichts zu thun habe, die Verpflichtungen des Verkäufers aus demselben nicht übernehme und keinerlei Rechte daraus ableiten könne. Indem der Erwerber den Miether kraft der gesetzlichen Vorschrift noch bis zum nächsten offenen Ziel behalte, erfülle er nicht eine ihm persönlich obliegende, sondern eine Verbindlichkeit des Verkäufers als Vermiether, woraus naturgemäß folge, daß auch der Letztere bezüglich des Aequivalentes forderungsberechtigt sei und somit der neue Erwerber den Zins nur als dessen Cessionar geltend machen könne.

K. Das Bezirksgericht Zürich sistirte den Prozeß bis nach Erledigung desjenigen zwischen Vater Dürr und Titus Dürr & Cie. Diese Erledigung erfolgte mit zweitinstanzlichem Urtheil vom 22. September 1885. Titus Dürr & Cie. wurden verurtheilt, dem Vater Dürr 6212 Fr. 49 Rp. nebst Zins zu bezahlen. Anderseits aber wurde der Letztere in theilweiser Gutheißung der Widerklage condemnirt, an Titus Dürr & Cie. als Schadensersatz wegen Bruch des Miethvertrages 13,942 Fr. 45 Rp. zu bezahlen; er blieb also nach Abrechnung seines Guthabens noch 7729 Fr. 96 Rp. schuldig.

L. Mit Urtheil vom 30. Dezember 1885 entschied hierauf das Bezirksgericht Zürich dahin, daß Titus Dürr & Cie. der Klägerin Frau Brunner den gesammten noch ausstehenden Vierteljahrmiethzins mit 1750 Fr. nebst Verzugszins à 5% zu bezahlen haben. In der Begründung wird gesagt, von einer Compensation gegenüber dem Zinsanspruch für die Zeit vom 24. Mai bis 1. Juli könne deßwegen keine Rede sein, weil Klägerin kraft besonderer im Kaufvertrag niedergelegter Vereinbarung mit Vater Dürr das Recht des Zinsenbezuges vom 24. Mai an als ein selbstständiges erworben habe, und gegenüber der Zinsforderung für die Zeit vom 1. April bis 24. Mai könne deßwegen nicht compensirt werden, weil die Beklagten ihre Schadensersatzforderung bereits im Prozesse gegen Vater Dürr geltend gemacht haben, damit dieser Anspruch consumirt sei und folglich nicht neuerdings erhoben werden könne.

Die Beklagten appellirten gegen dieses Urtheil und verlangten in der Appellationsverhandlung gänzliche Verwerfung der Klage, während die Klägerin um Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils nachsuchte.

Entscheidungsgründe:

1. Nach Art. 891 des O. R. finden die Bestimmungen dieses Gesetzes auf Thatsachen, die sich bezüglich eines vor dem 1. Januar 1883 abgeschlossenen Miethvertrages ereignen, nur dann Anwendung, wenn angenommen werden kann, daß derselbe über den genannten Termin hinaus stillschweigend fortgesetzt worden sei. Diese Annahme trifft im vorliegenden Falle nicht zu, denn der zwischen Vater und Sohn Dürr am 24. Mai 1882 abgeschlossene Miethvertrag, welcher das Fundament der Klage bildet, ist unbestrittenermaßen auf 6 Jahre fest abgeschlossen worden; die Fortsetzung beruht daher in erster Linie nicht auf stillschweigender Uebereinkunft zwischen den Contrahenten, sondern auf dem Vertrage selbst,

bezw. auf bestimmter gesetzlicher Vorschrift, welche sich bei Miethe von unbeweglichen Sachen sowohl im Obligationenrecht als im privatrechtlichen Gesetzbuch des Kts. Zürich vorfindet, wonach eine Veräußerung jener während der Miethsdauer nicht die sofortige Auflösung der Miethe zur Folge, sondern eine Fortdauer derselben für bestimmte Zeit selbst gegen den Willen des neuen Eigenthümers stattzufinden hat. Es ist demgemäß der Rechtsanspruch, welchen die Klägerin im vorliegenden Fall aus dem Miethvertrag ableitet, nach dem Pr.-Gb. und nicht nach dem Obligationenrecht zu beurtheilen.

2. In thatsächlicher Beziehung steht fest, daß die von der Klägerin geltend gemachte Miethzinsforderung, welche an sich weder nach ihrer Existenz noch im Quantitativ bestritten wird, zum Theil schon in dem Zeitpunkt bestanden hat, als das Eigenthum an dem Miethobjekt an jene übergegangen ist.

In diesem Umfang wäre somit unzweifelhaft nur der frühere Eigenthümer und ursprüngliche Vermiether forderungsberechtigt gewesen und es entsteht daher in erster Linie die Frage, ob eine Abtretung des diesfälligen Anspruches an die Klägerin vorliege. Mit Rücksicht auf diesen Punkt kann nun aber wohl einfach darauf abgestellt werden, daß die Klägerin von Anfang an das Vorhandensein einer Cession behauptet und zum Beweise dafür auf eine Quittung d. d. 2. Juli 1883 abgestellt hat, wonach Vater Dürr bescheinigt, den vom 1. April bis 24. Mai, dem Tage des Kaufsabschlusses, aufgelaufenen Zins von ersterer empfangen zu haben, und anderseits die Beklagten die Abtretung nicht bloß nicht bestritten, sondern sich geradezu darauf berufen haben, um ihren Compensationsanspruch zu begründen. Es kommt hinzu, daß Vater Dürr im Oktober 1883 den Beklagten von der stattgehabten Cession Kenntniß gab, ein deutlicher Beweis dafür, daß dieselbe wirklich erfolgt war, wenn auch allerdings eine Beurkundung dieses Rechtsgeschäftes nicht zu den Akten des vorliegenden Prozesses gebracht wurde.

3. Mit Beziehung auf den Rest der streitigen Miethzinsrate, soweit letztere sich auf die Zeit vom 24. Mai, dem Datum des Kaufsabschlusses, bezw. vom 29. Mai an, dem Datum der notarialischen Fertigung bis zum 1. Juli 1883 bezieht, ist zunächst wiederum zu untersuchen, aus welchem Rechte die Klägerin ihre diesfällige Forderung geltend mache, ob sie auch hier wieder nur als Cessionarin aus dem Rechte des ursprünglichen Vermiethers klage oder nicht vielmehr zur Klage aus eigenem Recht legitimirt sei. Die erste Instanz hat diese Frage im letztern Sinne entschieden und zwar wesentlich gestützt darauf, daß der Klägerin im Kaufvertrag die Befugniß zum Bezuge der vom 24. Mai 1883 an laufenden Miethzinse eingeräumt wurde. Nun ist aber die Argumentation, auf welche das Bezirksgericht seine diesfällige Ansicht stützt, eine augenscheinlich unrichtige. Jene Vereinbarung setzt nämlich, um als eine rechtsverbindliche gelten zu können, selbstverständlich voraus, daß dem Verkäufer die Disposition über die Miethzinsforderung zugestanden hätte, daß er aus dem Vertrage zur Geltendmachung derselben berechtigt gewesen wäre, auf dieses Recht aber zu Gunsten des Käufers verzichtet hätte. Es läge somit wieder nichts anderes vor, als einfach eine Cession, und wäre somit die rechtliche Stellung der Klägerin mit Hinsicht auf den nach dem 24., bezw. 28. Mai aufgelaufenen Miethzins dieselbe, wie bei der mit diesem Zeitpunkt bereits zur Entstehung gelangten Forderung, d. h. sie wäre auch hier nur als Cessionarin, also aus dem Rechte eines Dritten klageberechtigt.

4. Nun verhält sich aber die Sache in concreto deßhalb anders, weil die genannte, bei Anlaß des Kaufsabschlusses getroffene Vereinbarung ohne rechtliche Bedeutung ist, indem die nachher entstandene Miethzinsforderung gar nie zum Vermögen des Verkäufers gehörte, sondern der neuen Erwerberin des Miethobjektes kraft Gesetzes zusteht. Sowohl das frühere kantonale Recht, wie das neue Obligationenrecht beruht nämlich, was den Einfluß eines das Miethobjekt betreffenden Veräußerungs-Geschäftes auf den Bestand der Miethe anbelangt, auf dem gemeinrechtlichen Grundsatz, daß dasselbe, weil ein dingliches Recht des Miethers an der Sache eben regelmäßig nicht besteht, die Auflösung der Miethe zur Folge hat. Die strikte Durchführung dieses

Prinzipes wäre somit eigentlich die, daß der neue Erwerber berechtigt wäre, vom Miether unverzügliche Räumung der gemietheten Sache zu verlangen. Nun ist aber überall da, wo der Grundsatz des gemeinen Rechtes Aufnahme gefunden hat, aus Billigkeitsrücksichten die Einschränkung getroffen, daß der neue Erwerber den Miether noch eine Zeit lang in der Ausübung seines Besitzes nicht hindern kann, und zwar bestimmt speziell § 1495 P.-Gb., daß die Miethe erst auf das nächste Ziel unter Beachtung der regelmäßigen Kündigungsfrist aufgehoben werden könne. Der Vertrag, welcher sonst mit Uebertragung des Eigenthums an der Liegenschaft sein Ende erreicht hätte, hat somit kraft besonderer Gesetzesvorschrift fortzudauern und zwar nun offenbar nicht mehr unter den ursprünglichen Kontrahenten, sondern in der Weise, daß der neue Erweber an Stelle des frühern Eigenthümers und Vermiethers in denselben eintritt. Daß dies die Meinung des Gesetzgebers sein muß, ergibt sich schon als Konsequenz des fundamentalen Rechtssatzes, daß dem Eigenthümer regelmäßig volle Dispositionsbefugniß über die Sache und somit, wenn nicht etwas Anderes ausdrücklich festgesetzt ist, auch das Recht zusteht, die Früchte derselben zu gewinnen. Die Qualität des neuen Erwerbers als Vertragsperson erhellt übrigens auch aus dem Umstand, daß in § 1495 das Recht der Kündigung ihm und nicht etwa dem ursprünglichen Vermiether eingeräumt wurde, was nur geschehen konnte, wenn man sich den Vertrag in der Person des erstern fortgesetzt dachte; denn dafür, daß etwa der neue Erwerber in dieser Thätigkeit nur als Stellvertreter des frühern Vermiethers handle, haben wir im Gesetz nirgends einen Anhaltspunkt. Es wäre in der That auch unpraktisch, den Vertrag unter den ursprünglichen Kontrahenten fortdauern zu lassen, da es dannzumal für den Miether unter Umständen geradezu unmöglich wäre, gehörige Erfüllung desselben zu erlangen.

Nach dem Gesagten kann es somit keinem Zweifel unterliegen, daß die Klägerin schon kraft bestimmter Gesetzesvorschrift befugt ist, die Miethzinsforderung, soweit dieselbe in der Zeit nach dem 24. bezw. 28. Mai entstanden ist, aus eigenem Rechte geltend zu machen und daß daher auf die mehrerwähnte Vereinbarung vom 24. Mai für die rechtliche Stellung der Klägerin gegenüber der beklagten Firma nichts ankommt.

5. Bei dieser Sachlage ist der ersten Instanz darin beizupflichten, daß der Kompensationsanspruch der Klägerin in dem Umfange von vorneherein zu verwerfen ist, als derselbe dem letzterwähnten Theil der Miethzinsforderung gegenüber erhoben wird, da das Haupterforderniß der Verrechnung, Identität der Personen in den sich gegenüber stehenden Forderungsansprüchen mangelt. Anders verhält es sich nun aber mit dem vor dem 24. resp. 28. Mai aufgelaufenen Theil der Miethzinsforderung. Hier erscheint die Klägerin als Cessionarin des Vater Dürr, und es dürfen die Beklagten diesem Anspruch gegenüber Einreden geltend machen, welche ihnen gegen den Cedenten zustehen, vorausgesetzt nur, daß dieselben nicht später als die Kundgebung der Cession entstanden sind. Diese Voraussetzung trifft im vorliegenden Fall unzweifelhaft zu, denn die Anzeige von der erfolgten Abtretung ist den Beklagten erst im Oktober 1883 zugekommen, während ihre Gegenforderung aus dem mit der Klägerin abgeschlossenen Kaufsgeschäft und aus dem Titel des Vertragsbruches hergeleitet wird. Anderseits ist durch den frühern Prozeß mit Vater Dürr hergestellt, daß jene Gegenforderung in der That und zwar in einem die Ansprüche des damaligen Klägers weitaus übersteigenden Maße begründet ist.

Bei dieser Sachlage ist nun aber nicht einzusehen, warum eine Verrechnung nicht stattfinden dürfte. Die Erwägung des Bezirksgerichtes, daß eben durch jenen frühern Prozeß eine Konsumtion des Klagerechtes für die Beklagten eingetreten sei, ist geradezu unverständlich; sie würde einfach dazu führen, die Verwirklichung eines auf dem Prozeßwege liquid hergestellten Forderungsanspruches zu vereiteln. Durch das Urtheil der Appellationskammer ist den Beklagten das Recht erwachsen, die Exekution desselben in der Weise zu verlangen, daß sie vom Vater Dürr Bezahlung des ihnen zukommenden Saldo fordern. Dieses Resultat kann nun aber selbstverständlich da-

durch erreicht werden, daß gegen eine neue Forderung des Vater Dürr, bezw., was auf's Gleiche herauskommt, der Klägerin als Cessionarin der liquide Anspruch der Beklagten zur Verrechnung gebracht wird.

6. Schließlich bleibt nur noch zu untersuchen, von wann an die Miethzinsforderung als der Klägerin aus eigenem Rechte zustehend zu berechnen sei, ob vom 24. Mai, dem Tage des Kaufsabschlusses, oder vom 29 Mai, dem Tage der notarialischen Fertigung an. In dieser Beziehung ist aber offenbar der letztere Zeitpunkt von entscheidender Bedeutung, da der § 1495 ausdrücklich vom neuen Eigenthümer spricht, den Erwerber der Liegenschaft also offenbar nicht schon mit dem Moment des Kaufsabschlusses, sondern erst mit der eigentlichen Uebertragung des Eigenthums in den Miethvertrag einrücken lassen will. Darnach berechnet sich der an Klägerin noch zu entrichtende Betrag in der Weise, daß von den 1750 Fr. der Miethzins für die Zeit vom 1. April bis 29. Mai in Abzug gebracht wird; dieser beträgt für 59 Tage à 19 Fr. 23 Rp. 1134 Fr. 57 Rp., diesen Betrag abgezogen von 1750 Fr., resultiren zu Gunsten der Klägerin noch 615 Fr. 43 Rp.

Schluss:

Die Appellation der Beklagten ist theilweise begründet. Dieselben sind verpflichtet, der Klägerin 615 Fr. 43 Rp. nebst Zins à 5% seit dem 1. Oktober 1883 zu bezahlen, mit ihrer Mehrforderung ist die Letztere abgewiesen.

Anmerkung der Redaktion:

Der Entscheid über die Frage der zeitlichen Rechtsanwendung scheint uns nicht erschöpfend begründet zu sein. Die Erwägung 1, welche davon handelt, untersucht nämlich bloß die Frage, ob von einer stillschweigenden Fortsetzung des Miethvertrages über den 1. Januar 1883 hinaus gesprochen werden könne oder nicht, und zieht demgemäß auch den gewonnenen Schluß, daß das alte Recht zur Anwendung komme, lediglich aus der Verneinung dieser Frage, und das ist es, was wir nicht für zutreffend erachten können. Die zu entscheidende Frage war die, welchen rechtlichen Einfluß die Veräußerung des Miethobj… auf das Miethverhältniß geäußert habe … weil jene Thatsache der Veräußerung … unter der Herrschaft des schwz. Obligatio… rechts eingetreten ist, hätte man trotz … Nichtvorhandenseins einer stillschweig… Fortsetzung des Miethvertrages im Sinne … Art. 891 des O.-R. dennoch an die An… dung des neuen Rechtes denken können. … wäre also wohl noch zu sagen gewesen, w… trotzdem jene entscheidende Frage nach … alten Recht beurtheilt werden müsse. Mit … Art. 891 des O.-R. allein läßt sich die … wendung des alten Rechtes nicht begründ… denn dieser sagt nicht, daß, wo eine st… schweigende Fortsetzung des Miethvertra… *nicht* vorliege, *immer* das alte Recht z… Anwendung kommen müsse, *ohne Rücksi… darauf, ob es sich um die Wirkung… einer unter diesem oder dem neuen Re… eingetretenen Thatsache handle.* Dage… bestimmt der Artikel 882, daß die Frage … zeitlichen Rechtsanwendung bezw. ihre Bea… wortung davon abhänge, ob die *entscheide… juristische* Thatsache unter dem alten od… neuen Recht eingetreten sei, und folgl… mußte untersucht werden, ob die Thatsa… des Miethvertrages resp. seines Abschlus… oder diejenige der Veräußerung des Mi… objektes jene entscheidende juristische Th… sache sei; wäre es die Letztere, so hätte … neue Recht angewendet werden müssen, … ist es aber offenbar die erstere, diejenige de… Vertragsabschlusses, und deßwegen ist de… Entscheid auch richtig. Die Thatsache de… Veräußerung des *Miethobjektes während de… Miethzeit* ist für sich allein genommen … keine juristische Thatsache, sie wird es … in Verbindung mit dem Miethvertrag, … ihr nur kraft dieses Vertrages rechtliche Wi… kungen zukommen, der *Inhalt* der letztern … durch den Vertrag bezw. das ergänzende Ver… tragsrecht bestimmt wird und somit die Frag… nach dem Inhalt dieser Wirkungen eine Frag… nach dem Vertragsinhalt ist. Es ist also dahi… zu schließen, daß die Frage nach dem recht… lichen Einfluß der Veräußerung des Mieth… objektes auf das Miethverhältniß *desswege…* nach dem alten Recht zu beurtheilen war … weil es eine Frage nach dem Inhalt des Mieth…

vertrages war, dieser unter der Herrschaft des alten Rechtes abgeschlossen wurde, von demselben seine volle rechtliche Gestaltung erhalten und Mangels einer Erneuerung unter dem neuen Recht auch beibehalten hat. Der Art. 891 des O.-R. war für die Hauptfrage, ob die entscheidende juristische Thatsache im Miethvertrag selbst oder aber in der Veräußerung des Miethobjektes zu erblicken sei, bloß als indirektes Interpretationsmittel von Bedeutung und zwar insofern, als dessen Aufnahme in's Gesetz entschieden dafür spricht, daß der Gesetzgeber im Princip davon ausgegangen ist, es seien alle Fragen über den Inhalt eines Miethvertrages nach demjenigen Recht zu beurtheilen, unter dessen Herrschaft derselbe geschlossen worden ist, zumal andernfalls gar keine Veranlassung vorgelegen hätte, die Bestimmung aufzunehmen. Denn sie charakterisirt sich des Deutlichsten als eine Einschränkung der letzterwähnten principalen Auffassung und mußte aus diesem Grunde, wollte man ihr überhaupt Anwendung verschaffen, allerdings besonders aufgestellt werden, das citirte Princip aber ist gleichbedeutend mit dem Satz, daß der Miethvertrag bezüglich aller Fragen über seinen Inhalt die entscheidende juristische Thatsache ist (siehe auch unsere Anmerkung zu einem Entscheid der Rekurskammer Bd. III dieser Blätter, Jahrgang 1884, p. 372).

Bezüglich der Sache selbst ist gegen den Entscheid im Wesentlichen kaum etwas einzuwenden, immerhin hätten wir die selbstständige Berechtigung der Klägerin zum Zinsbezug nicht erst vom Tage der notarialischen Fertigung, sondern schon vom Tage des Besitzesantrittes datirt. Der § 1495 spricht allerdings vom neuen Eigenthümer, allein mit der Wahl dieses Ausdruckes wollte der Gesetzgeber die Anwendung der Grundsätze über die Wirkungen des redlichen und rechtmäßigen Besitzes auf diesen Specialfall der Erwerbung einer unbeweglichen Miethsache nicht ausschließen und diese scheinen uns den Schluß zu begründen, daß der neue Erwerber, sobald er die erworbene Liegenschaft angetreten hat, in der hier in Frage kommenden Richtung dem Eigenthümer ganz gleich zu halten ist. Das Princip ist, daß, weil die Miethe kein dingliches, das Eigenthum am Miethobjekt beschränkendes Recht begründe, der neue Eigenthümer kraft seiner unbeschränkten Herrschaft über die erworbene Sache den Miether mit dem Negatorienanspruch ausweisen könne, der redliche und rechtmäßige Erwerber der Miethsache aber hat gemäß § 516 des pr. G.-B. vom Momente des Besitzesantrittes an das nämliche Recht auf Grund einer der Negatorienklage nachgebildeten Besitzesrechtsklage. Ist aber das Gesagte richtig, d. h. hätte der redliche und rechtmäßige Erwerber des Miethobjektes nach erfolgtem Besitzesantritt gleich wie der notarialische Eigenthümer ohne die bestehende gesetzliche Einschränkung das Recht der sofortigen Ausweisung des Miethers, so muß ihm dieses Recht natürlich auch mit der vorgesehenen Einschränkung gettattet werden, und daraus folgt weiter, daß er für die Zeit, während welcher er den Miether noch dulden muß, auch in den Vertrag eintritt und zinsberechtigt wird. Auf diesem Standpunkt scheint auch das neue O.-R. zu stehen, denn der Art. 281 spricht nicht vom Eigenthümer, sondern nur vom neuen Erwerber des Miethobjektes. Wenngleich die Streitfrage, ob und für welche Zeit die Klägerin den Miethzins aus eigenem Rechte zu fordern befugt sei, nach zürcherischem Recht zu beurtheilen war, so ist der Entscheid nichtsdestoweniger auch für die Zukunft von principieller Bedeutung, weil das schweiz. Obligationenrecht den Grundsatz „Kauf bricht Miethe" ebenfalls acceptirt und mit Bezug auf die Miethe von unbeweglichen Sachen die ganz gleiche Beschränkung aufgenommen hat, wie unser privatrechtliches Gesetzbuch, so daß eine ähnliche Streitfrage auch in der Folgezeit nach den nämlichen Grundsätzen zu entscheiden sein wird (Art. 281 des O.-R.) Im Anschlusse daran wird dann wohl einmal die Frage auftauchen und der richterlichen Entscheidung bedürfen, ob, wenn der Miethzins zum Voraus bezahlt worden ist, der neue Erwerber denselben für die Zeit vom Besitzesantritt bis zum Auszug noch einmal fordern kann, oder nicht. Die Rekurskammer des Obergerichts hat in einem Fall, in welchem die Konkursverwaltung des Vermiethers den Zins vom Konkursausbruch bis zum Auszuge des Miethers einklagte, obgleich derselbe

schon früher zum Voraus bezahlt worden war, dahin entschieden, daß die Vorausbezahlung auch für die Ansprecherin wirksam sei und deßhalb der Zins nicht zum zweiten Mal gefordert werden könne (siehe Bd. III dieser Blätter vom Jahrgang 1884 p. 371). Allein wenn auch dieser Entscheid, was wir an unserm Orte nicht bezweifeln, richtig ist, so folgt daraus noch keineswegs, daß auch der neue Erwerber des Miethobjektes keinen Zins verlangen könne, wenn Vorausbezahlung stattgefunden hat, denn die beiden Fälle sind durchaus nicht gleich. Der Art. 281 des O.-R. spricht nur von der *Veräusserung* des Miethobjektes und dem Einfluß, den *diese* auf das Miethverhältniß äußert und erwähnt dabei auch die zwangsweise Veräußerung in Folge Rechstrieb, Arrestprozeß und im Konkurs, indem er diese der freiwilligen Veräußerung gleichstellt. Er bespricht also nicht die Frage, welchen Einfluß der Konkursausbruch über den Vermiether an sich bis zur zwangsweisen Veräußerung des Miethobjektes auf das Miethverhältniß äußere und das war die Frage, welche die Rekurskammer in dem citirten Fall zu entscheiden hatte. Mit Rücksicht auf das Stillschweigen des Gesetzes über diese Frage wurde unseres Erachtens mit Recht angenommen, daß der Gesetzgeber der Konkursverwaltung gegenüber dem Miether keine *besondere Rechtsstellung* einräumen wollte, wie das der § 1513 des privatrechtlichen Gesetzbuches thut, sondern vielmehr davon ausging, daß dieselbe einfach in die Rechtsstellung des Cridaren eintrete. Man scheint davon ausgegangen zu sein, die Gläubigerschaft des Vermiethers habe kein Recht, den Miether auszuweisen, weil sie nicht Eigenthum am Miethobjekt erwerbe, sondern nur die aus dem Liquidationsverfahren folgende Veräußerungsbefugniß und das Recht der Verwaltung und Nutzbarmachung der Activmasse ebenfalls nicht so weit ausgedehnt werden könne. Wenn auch im Princip und als Regel durchaus daran festzuhalten ist, daß keine Verpflichtungen des Cridaren auf dessen Gläubigerschaft übergehen, so ist doch selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß für ein bestimmtes Verhältniß eine Ausnahme statuirt werden kann, und frägt es sich bloß, ob der Gesetzgeber hier eine solche begründen wollte oder nicht. Für die Bejahung der Frage spricht ganz entschieden die Betrachtung, daß es schwerlich in seiner Absicht gelegen haben kann, dem Konkurs des Vermiethers die Wirkung einer *sofortigen* Auflösung des Miethverhältnisses beizulegen, wenn das aber nicht sein Wille war, nur die Möglichkeit bleibt, daß er demselben gar keine auflösende Wirkung zugestehen wollte, weil er sonst unbedingt den Mittelweg des § 1513 des Pr.-G.B. hätte einschlagen d. h. eine Einschränkung dahin gehend hätte statuiren müssen, daß die Konkursverwaltung den Miether immerhin nur unter Beobachtung der regelmäßigen Kündigungsfrist ausweisen könne. Es ist fast ungedenkbar, daß der Gesetzgeber den Miether gegenüber dem neuen Erwerber des Miethobjektes besser stellen wollte, als gegenüber der Konkursmasse des Vermiethers und doch wäre diese Besserstellung da, wenn man davon ausgehen würde, die Letztere könne *sofortige* Ausweisung des Miethers verlangen. Geht man davon aus, der Konkursausbruch über den Vermiether für sich allein vermöge das Miethverhältniß nicht zu brechen, sondern es trete die Gläubigerschaft vorbehältlich ihres Veräußerungsrechtes in dasselbe ein, so ist dann klar, daß sie auch die Vorausbezahlung des Zinses anerkennen muß, weil sie, als lediglich an die Stelle des Cridaren getreten, keine bessern Rechte haben kann als dieser. Anderseits spricht das Gesetz klar aus, daß *Kauf* Miethe bricht, also der neue Erwerber sich nicht um den Miethvertrag zu kümmern braucht und wenn es dann einschränkend hinzufügt, daß der Miether immerhin nur unter Beobachtung der gesetzlichen Kündigungsfristen ausgewiesen werden könne, so kommt es wohl darauf an, ob damit für die Zeit bis zur möglichen Ausweisung ein neues aber inhaltlich gleiches Miethverhältniß ex lege zwischen dem neuen Erwerber und dem Miether begründet werden wollte, oder ob es sich nur um die Fortsetzung des frühern Vertragsverhältnisses, *so wie sich dieses im Zeitpunkte der Veräusserung in Rechten und Pflichten gestaltet hat,* handelt. Im erstern Falle ginge die Vorausbezahlung des Zinses den neuen Erwerber

nichts an, im letztern dagegen müßte er dieselbe auch für sich als verbindlich anerkennen. Wir glauben uns vorläufig, bessere Belehrung vorbehalten, dahin aussprechen zu sollen, daß es sich um ein neues aber inhaltlich gleiches Miethverhältniß ex lege handelt und somit die Vorausbezahlung des Zinses den neuen Erwerber nichts angeht. Der Grundsatz ist der, daß der Verkauf den Miethvertrag vorbehältlich der Schadensersatz-Ansprüche des Miethers auflöst und deßhalb kann auch der Miether *sofort* ausziehen. Dagegen darf er gegen seinen Willen nicht sofort ausgewiesen werden. Darin liegt eine aus Billigkeitsgründen acceptirte Begünstigung desselben, die sich aber nur dann rechtfertigen läßt, wenn der neue Erwerber, dem die Gewährung derselben aufgelegt wird, das Aequivalent erhält. Der Miether hat es in der Hand, einem Schaden dadurch zu entgehen, daß er sofort auszieht. Es konnte nicht wohl die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, den Miether *auf Kosten des neuen Erwerbers* zu schützen. Das Vertragsverhältniß als solches, d. h. in seinem objektiven Bestand, also die Verpflichtung, *gegen einen bestimmten Zins* den Gebrauch des Miethobjektes zu gewähren, geht in dem zeitlich beschränkten Umfang, wie es das Gesetz vorsieht, auf den neuen Erwerber über, dagegen tritt derselbe nicht einfach tale quale in die Rechtsstellung seines Vorgängers ein. Es ließe sich wohl noch Vieles für diese Auffassung anführen, wir müssen indessen hier abbrechen; vielleicht gibt es später Gelegenheit, neuerdings auf die Frage zurückzukommen.

Das nach § 62 des Konkursgesetzes den Gläubigern eines Gemeinschuldners zustehende Klagerecht auf Herbeiziehung von im Besitze eines Dritten befindlichen Activen in die Conkursmasse wird dadurch nicht verwirkt, dass die Letztern das Begehren um Activenvermehrung nicht schon innerhalb der Bedenkzeit an die Conkursverwaltung stellen.

Das Bezirksgericht Zürich hatte die auf Anfechtbarkeit eines angeblich fraudulösen Veräußerungsgeschäftes gestützte Activenvermehrungsklage eines Konkursgläubigers aus dem formellen Grunde abgewiesen, weil der Kläger gemäß § 58 des Konkursgesetzes das Begehren um Activenvermehrung zunächst bei der Notariatskanzlei als der Massaverwalterin *und zwar innerhalb der Bedenkzeit* hätte stellen sollen, dieß aber nicht gethan und damit das Klagerecht verwirkt habe. Die zweite Instanz (Appellationskammer des Obergerichtes) erklärte jedoch diesen Standpunkt für unhaltbar und trat deßhalb auf das Materielle der Klage ein.

Gründe:

Die Appellantin beschwert sich mit Recht darüber, daß ihre Klage erstinstanzlich wegen mangelnder Activlegitimation abgewiesen worden ist. Die Konkursmasse St. hat die Führung des Prozesses auf eigene Rechnung und Gefahr unbestrittener- und nachgewiesenermaßen abgelehnt, mit dem Zeitpunkte dieser Ablehnung aber ist nach dem Wortlaute, Sinn und Geist des § 62 des Konkursgesetzes die Legitimation der einzelnen Gläubiger zur Prozeßführung auf ihre Kosten und Gefahr begründet worden, soweit dieselben nicht schon vorher darauf verzichtet, beziehungsweise das Recht zur Prozeßführung verwirkt haben. Eine solche Rechtsverwirkung nimmt nun freilich das Bezirksgericht an, jedoch mit Unrecht. Dieselbe soll daraus folgen, daß die Appellantin während der Bedenkzeit kein Begehren an die Konkursverwaltung St. dahin gehend gestellt habe, es möchten die an die Beklagten veräußerten Activen zur Masse gezogen werden, währenddem sie nach § 58 des Konkursgesetzes, um ihr Klagerecht zu wahren, dazu verpflichtet gewesen wäre. Nun hat aber die Appellationskammer schon in 2 Urtheilen ausgeführt, daß die citirte Gesetzesbestimmung sich überall nicht auf Activen beziehe, welche gar nicht im Besitze des Schuldners sind und daß überdem Begehren im Sinne jener Gesetzesstelle auch nach Ablauf der Bedenkzeit noch gestellt werden können, weil an die Nichtinnehaltung der Letztern keine Rechtsnachtheile geknüpft seien, der § 58 vielmehr nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift habe (siehe Rechen-

schaftsbericht des Obergerichtes vom Jahre 1882 Nr. 16 und 28) und an dieser Auffassung muß durchaus festgehalten werden. Uebrigens ist ja selbstverständlich, daß der einzelne Gläubiger der Konkursverwaltung gegenüber nur den Wunsch aussprechen kann, sie möchte auf ihre Kosten und Gefahr den Prozeß auf Aktivenvermehrung durchführen und wenn man somit auch finden sollte, ein derartiger Wunsch müsse innerhalb der Bedenkzeit geäußert werden, so würde daraus höchstens folgen, daß die Konkursverwaltung auf einen später geäußerten Wunsch keinerlei Rücksicht mehr zu nehmen verpflichtet wäre, niemals aber, daß sie nicht berechtigt sei, den Prozeß dennoch zu führen oder ihrerseits darauf zu verzichten und die Führung den Gläubigern zu überlassen. Die Letztern haben ein durchaus selbständiges Recht zur Prozeßführung und zwar beginnt dasselbe mit dem Momente, in welchem die Konkursverwaltung erklärt, daß sie nicht prozeßiren wolle, bevor dieses Recht beginnt kann es aber unmöglich durch Verwirkung untergehen. (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 9. Februar 86. Esslinger und Strauß ca. Scheller-Bodmer.)

Ueber das Verhältniss der §§ 1019 und 1020 des privatrechtlichen Gesetzbuches zu einander.

Dem Urtheil der Appellationskammer in dem oben erwähnten Prozesse entnehmen wir im Fernern folgende prinzipielle Ausführungen über die Auslegung der §§ 1019 und 1020 des privatrechtlichen Gesetzbuches und das Verhältniß der beiden Gesetzesstellen zu einander.

Es ist durchaus unrichtig, wenn das Bezirksgericht angenommen hat, daß, sobald die Beklagten durch das fragliche Kaufsgeschäft mehr als nur die Bezahlung ihrer ganzen Forderung erhalten haben, dieselben ohne alle Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen des § 1019 vorliegen oder nicht, das Mehrempfangene in die Masse einzuwerfen verpflichtet seien, denn das Nichtvorhandensein der Voraussetzung des § 1020 (bloße Bezahlung der fälligen Forderung an den Gläubiger) hat nur zur Folge, daß die Anfechtungsklagen überhaupt auf den § 1019 gestützt werden können, beziehungsweise daß sie dann gutgeheißen werden müssen, wenn die sämmtlichen Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle, Veräußerung vor dem Konkurs dadurch bewirkte Schädigung der Gläubiger auf diese Schädigung gerichtete Absicht des Gemeinschuldners und Bekanntsein dieser Umstände auf Seite des Erwerbers vorhanden sind. Liegen diese Voraussetzungen dagegen nicht vor, so kann von Gutheißung der Klage weder im Sinne einer Einwerfungspflicht des Ganzen, noch eines Theiles die Rede sein. Das Unrichtige an den erstinstanzlichen Erwägungen ist das, daß dieselben neben der auf Anfechtung des in fraudan creditorum abgeschlossenen Rechtsgeschäftes gerichteten actio pauliana des § 1019 aus dem § 1020 noch eine zweite, auf Einwerfung des vom Gläubiger eines Gemeinschuldners über seine Forderung hinaus erhaltenen Betrages ableiten, währenddem diese Gesetzesstelle eine derartige Klage durchaus nicht kennt, sondern lediglich den Satz ausspricht, daß eine zu Gunsten eines Gläubigers zum Nachtheil der übrigen vorgenommene Veräußerung trotz des Vorhandenseins der Voraussetzungen von § 1019 dann nicht angefochten werden könne, wenn der Erwerber einzig und allein Deckung seiner fälligen Forderung erhalten habe. In diesem Falle mangelt es auf seiner Seite an der Rechtswidrigkeit und ist deßhalb das Veräußerungsgeschäft nicht anfechtbar, hat er dagegen mehr erhalten als seine fällige Forderung oder die Bezahlung eines nicht fälligen Anspruches, so ist das Rechtsgeschäft auch auf seiner Seite ein rechtswidriges, falls die Schädigung der übrigen Gläubiger feststeht und die Schädigungsabsicht ihm bekannt war, und kann dasselbe dannzumal gerade so gut in seinem ganzen Umfange angefochten werden, wie wenn es mit einem Nichtgläubiger abgeschlossen worden wäre.



Zinsanspruch

widersprechendem Inhalt zweier Schuldurkunden über das Zinsversprechen (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 6. März 1886). (Zur Belehrung von Leihkassen und ähnlichen Geldinstituten.)

Die Leihkasse St. machte am 11. November 1880 einem Landwirth ein Darleihen von 14,000 Fr. gegen:

a) Errichtung eines eigentlichen Schuldbriefes auf dessen Liegenschaften, worin gesagt ist: Der Schuldner anerkennt, von der Leihkasse als Anleihen in baar 14,000 Fr. empfangen zu haben. Dieses Capital ist mit Maitag 1881 *à 5 %* von heute angerechnet ohne weitere Aufkündung zurückzuzahlen.

b) Ausstellung eines Obligis dahin gehend, Felix L. bescheint, von der Leihkasse St. nach Wechselrecht die Summe von 14,000 Fr. als Darlehen erhalten zu haben und verpflichtet sich, solche *nebst den betreffenden bei der Leihkasse üblichen Zinsen* bis 11. Mai 1881 im Lokal der Leihkasse zurückzuzahlen, und

c) faustpfändliche Hingabe eines 6490 Fr. haltenden Schuldbriefes, welcher dem Vater des Darlehenempfängers gehörte, von diesem aber intercessionsweise als Pfand gegeben wurde.

Zufolge Vereinbarung mit dem Eigenthümer des letzterwähnten, als Faustpfand bestellten Schuldbriefes erwarb die Leihkasse die Unterpfande vom Briefschuldner um die darauf haftenden grundversicherten Schulden und verkaufte solche wieder auf öffentlicher Gant. Dabei hatte es die Meinung, daß sie den Erlös, welcher nach Abzug aller dem 6490 Fr.-Brief vorgehenden Kapitalposten nebst Zinsen, Provision und Gantkosten übrig bleibe, zur Deckung eines allfälligen Verlustes auf dem 14,000 Fr.-Darleihen zurückbehalten dürfe. Später liquidirte auch der Darlehensschuldner die Unterpfande des von ihm errichteten 14,000 Fr.-Schuldbriefes und es wurde dabei der letztere, soweit der Erlös reichte, abbezahlt. Indessen wurde die Forderung nicht ganz gedeckt und es entstand dann Streit darüber, in welchem Umfang diese Deckung eingetreten sei, bezw. für welchen Betrag die Leihkasse den vorgenannten, an dem 6490 Fr.-Brief erzielten Erlös behufs ihrer vollständigen Deckung beanspruchen könne. In ihrer diesfälligen Rechnungsaufstellung belastete die Leihkasse den Darlehensschuldner der 14,000 Fr. mit folgenden Zinsen:

11. November 1880 bis 1881 à *6 %*	840 Fr.
11. „ 1881 „ 1882 à *6 %*	840 „
11. „ 1882 „ 11. Mai 1883 à *6 %*	420 „
11. Mai 1883 bis 11. November 1883 à *5½ %*	385 „

Diese Belastung motivirte sie mit der Behauptung, das Darlehen sei ein sogenanntes „Lombardgeschäft“ und der Schuldner nach Inhalt der Schuldurkunde (Wechselobligo) verpflichtet gewesen, den bei der Leihkasse üblichen Zins nebst Provision halbjährlich zu bezahlen. Bis im Mai 1883 habe der übliche Zins 5 % und von dort an 4½ % betragen, dazu sei halbjährlich ½ % Provision zu rechnen, was die belasteten 6 und 5½ % ergebe. Die Kläger, welche den für den 6490 Fr.-Brief erzielten Erlös herausverlangten, bestritten diese Zinsberechnung, weil der Darlehensschuldner der 14,000 Fr. laut dem allein maßgebenden Tenor des Schuldbriefes nur 5% versprochen habe. Von üblichen Zinsen und Provision sei keine Rede gewesen. Die Differenz zwischen den beiden Berechnungen beträgt 385 Fr. Die erste Instanz entschied zu Gunsten der Leihkasse, die zweite dagegen zu Gunsten der Kläger. Es wurden also nur *5 %* Zinse gutgeheißen.

Gründe:

Fraglich ist, ob die Zinse von dem Darleihen von 14,000 Fr. zu 5 % zu berechnen sind, wie der Schuldbrief vom 11. November 1880 besagt, oder ob die Leihkasse die bei ihr üblichen höhern Zinse nebst Provision in Rechnung bringen darf gemäß dem Wortlaute der Obligation vom gleichen Datum. Darüber, daß die Differenz zwischen den beiden Rechnungsarten Fr. 385 beträgt, herrscht kein Streit. Im Gegensatze zu der Auffassung der 1. Instanz erscheint nun der 2. Instanz der Wortlaut des Schuldbriefes als maßgebend, wonach nur ein Zins von 5 % gefordert werden kann. Es mag sein, daß die Leihkasse

bei Gewährung des Darleihens den Schuldbrief nur als Versicherungsbrief für ihre Forderung, wie sie sich in der Obligation darstellt, betrachtet wissen wollte und daß diese ungewöhnliche Form nur gewählt wurde, um ein bankfähiges Papier in die Hand zu bekommen; allein daß dies wirklich von den *Contrahenten* gewollt war, ist nirgends ausdrücklich gesagt und es hätte doch nahe gelegen, in den Schuldbrief denjenigen Zinsfuß aufzunehmen, der jetzt von der Beklagten ihrer Rechnung zu Grunde gelegt wird; statt dessen wird im Schuldbrief bestimmt, es solle der Zinsfuß fünf vom Hundert betragen. Dazu kommt noch, daß die Obligation so zu Stande kam, daß ein die hauptsächlichen Bestimmungen, darunter auch diejenige betr. Zins und Provision, bereits gedruckt enthaltendes Formular nur ausgefüllt wurde; unter Umständen wie sie hier vorliegen, läßt dies aber Zweifel darüber entstehen, ob eine solche bereits gedruckte Bestimmung des Inhaltes, daß der Unterzeichnete verpflichte, die betreffende Summe „nebst den bei der Leihkasse üblichen Zinsen", wirklich den Willen der Contrahenten ausdrücke. Jedenfalls aber ist nach allgemeinem Rechtsgrundsatz, wenn Uusicherheit herrscht über die größere oder geringere Ausdehnung einer übernommenen Verpflichtung im Zweifel das Geringere anzunehmen und also auch hier zu Gunsten des Schuldners zu entscheiden. — Dies hat zur Folge, daß die Schuld der Beklagten sich um die Differenz von 385 Fr. vermehrt.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. April 1886. V. Band. № 7.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitgied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 10 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
der
Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes
vom 13. März 1886
in Sachen
des *Joseph Meyer,* Fuhrhalter in Wiedikon, Klägers und Appellanten,
gegen
den *Stadtrath Zürich,* Beklagten und Appellaten.

Streit über die Frage, ob Staat oder Gemeinden für den Schaden haften, welcher einzelnen Privatpersonen durch Anwendung polizeilicher Maßregeln behufs Verhinderung der Weiterverbreitung ansteckender Krankheiten zugefügt wird.

Thatsächliches.

A. Am 22. September 1885 zog eine Frau Conradi, welche bis dahin auf Stüßihofstatt No. 6 bei Coiffeur Hintermeister gewohnt hatte, aus. Um in die neue Wohnung an der Wiesenstraße - Fluntern zu gelangen, ließ sie die beim Pfauen in Hottingen stationirte Droschke No. 61 (Kutscher Georg Stamm) kommen und fuhr in Begleitung einer Mannsperson und eines Knaben nach dem Bestimmungsort. Die Dame war *pockenkrank,* der Kutscher wußte dieß nicht, denn wenn er auch sah, daß dieselbe krank sein müsse, so kannte er doch die Natur der Krankheit nicht. Noch am gleichen Tage gelangte der Pockenfall zur Kenntniß des Bezirksarztes und dieser machte der Gesundheitsbehörde von Zürich unverzüglich davon Mittheilung, indem er zugleich anordnete, es sollen sämmtliche Bewohner der I. Etage, Stüßihofstatt 6, woselbst die Kranke gewohnt, auf 14 Tage in das speziell hiefür bestimmte Lokal internirt, und während dieser Zeit eine gehörige Desinfection der betreffenden Wohnung vorgenommen werden. *Ebenso, — heisst es in der Berichterstattung, — ist die Droschke, in welcher die Kranke von Stüssihofstatt 6 nach Fluntern gefahren wurde, einer* gründlichen *Desinfection zu unterwerfen* Nach Eingang dieses Berichtes verfügte der Polizeiadjunkt Stähli Abends 7 Uhr: „Die Droschke No. 61 ist zur Desinfection (8 Tage) aufgegeben." Am 23. September Morgens wurde mit dieser Desinfection begonnen. Nachdem man eine Hand voll Chlorkalk in einem Becken mit Wasser angerührt und eine entsprechende Quantität Schwefelsäure darauf gegossen

hatte, stellte man das Ganze in die Droschke und verschloß dieselbe. Die Räucherung dauerte ununterbrochen fort bis Nachmittags oder Abends den 25. September, worauf nach eingeholter Bewilligung des Bezirksarztes die Aushingabe der Droschke an den Eigenthümer, Fuhrhalter Joseph Meyer in Wiedikon erfolgte. Dieser trat nun aber mit einer Schadenersatzklage gegen den Stadtrath Zürich als Vertreter des städtischen Fiscus auf, weil die Droschke durch die Desinfection so sehr beschädigt worden sei, daß deren Wiederherstellung in brauchbaren Zustand einen Kostenaufwand von 404 Fr. 40 erfordere. Außer dieser Summe wurde Bezahlung einer täglichen Entschädigung von 1 Fr. 50 Rp. vom 23. September 1885 an bis zur Wiederinbetriebstellung der Droschke verlangt. In rechtlicher Beziehung stützte der Kläger seinen Anspruch zunächst auf den § 1855 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, welcher lautet:

„Wenn bei Ausübung der Staatsgewalt aus „Gründen der öffentlichen Wohlfahrt Jeman„dem Schaden zugefügt worden, *welchen er „nicht aus öffentlichen Gründen zu tragen „verpflichtet ist,* noch sich selber zuschrei„ben muß, z. B. bei Gelegenheit von Militär„übungen oder in Folge polizeilicher Maß„regeln, so haftet demselben nicht der Schä„diger, sondern die Staatskasse *insofern für „Ersatz, als der Gesichtspunkt oder die „Analogie der Entschädigung für zwangs„weise Abtretung von Privatrechten zur „Anwendung kommt, sonst nicht.*“

Eventuell wurde geltend gemacht, hafte der städtische Fiscus aus dem Gesichtspunkte fahrläßiger Schadenzufügung nach den Art. 50 und 62 des Schw. O.-R., weil eine derartig übergründliche Desinfection der Droschke, wie sie vorgenommen worden, durchaus nicht nothwendig gewesen wäre, vielmehr eine weit weniger intensive Räucherung eben so vollständig genügt, die Droschke aber nicht ruinirt hätte.

B. Der Beklagte anerkannte, daß Schaden entstanden sei, bestritt indeß das Quantitativ und negirte grundsätzlich jede Haftpflicht. Der Kläger müsse den Schaden, als Folge eines ihn betroffenen Unglückes an sich selb tragen, oder dann hätte er sich an die Fra Conradi zu wenden, die ihm aus dem Ar 50 des O.-R. haftbar sei. Eventuell haf jedenfalls nicht der *städtische* Fiscus, son dern der staatliche. Die Frage der Haf pflicht aus Fahrläßigkeit sei gemäß Vorschri von Art. 64 des O.-R. nach kantonale Recht zu beurtheilen, nach dem § 1856 d privatrechtlichen Gesetzbuches aber könnt nicht der städtische Fiscus, sondern nur d fehlbare Beamte für die Folgen der Fah läßigkeit verantwortlich gemacht werden un eventuell könnte die Haftpflicht des Beklag ten auch aus dem schweizerischen Obliga tionenrecht *nicht* abgeleitet werden, we nach dem Schlußsatz des Art. 62 juristisch Personen nur insoweit für den durch ihr Angestellten verursachten Schaden haften, al sie ein Gewerbe betreiben, welche Voraus setzung hier nicht zutreffe.

C. Das Bezirksgericht Zürich wies di Klage mit Urtheil vom 28. Januar 1886 ab davon ausgehend, daß Kläger zwar auf Grun des § 1855 des privatrechtlichen Gesetzbuche Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Des infection der Droschke zugefügten Schaden habe, jedoch nicht der ins Recht gefaßt städtische Fiscus, sondern der Staat dafür aufkommen müsse und, soweit von Haftpflicht aus Verschulden gesprochen werde, nur der fehlbare Beamte belangt werden könnte, s daß sich die Einrede der mangelnden Passiv legitimation in beiden Richtungen als be gründet darstelle.

D. Gegen dieses Urtheil erklärte der Klä ger die Appellation und beantragte zweit instanzlich Gutheißung der Klage im vollen Umfang. Der Vertreter des Beklagten dage gen suchte um Bestätigung des erstinstanzli chen Urtheils nach.

Entscheidungsgründe:

1. Wer von einer ansteckenden Krankhei befallen oder mit Personen in Berührung ge kommen ist, welche an solchen Krankheiten leiden, hat, auch ganz abgesehen von gesetz lichen Vorschriften, die Pflicht, die Weiter verbreitung der Krankheit zu verhindern

Diese Pflicht, obschon bloß moralischer Natur, ist so stark, daß deren Nichterfüllung eine zivilrechtliche Verpflichtung zum Schadenersatze gemäß Art. 50 des schweiz. O.-R. begründen kann. Gerade im vorliegenden Falle wird kaum bestritten werden können, daß wenn der Kläger mit der fragl. Droschke im Bewußtsein, daß eine Pockenkranke darin war, ohne eine Desinfection vorzunehmen, andere Personen geführt hätte und diese in Folge dessen ebenfalls pockenkrank geworden wären, er ihnen selbst dann zum Schadenersatz verpflichtet wäre, wenn das Gesetz die Desinfection nicht ausdrücklich vorschreiben würde.

2. Wenn nun der Staat solche natürliche Verpflichtungen gesetzlich regulirt, so liegt auf der Hand, daß er damit nicht in wohlerworbene Privatrechte eingreift, wie dieß z. B. bei der Expropriation der Fall ist, es ist daher nicht einzusehen, weßhalb er aus § 1855 verpflichtet sein sollte, seinen Bürgern die in Folge solcher Vorschriften entstandenen Vermögensnachtheile zu ersetzen. Ebensowenig trifft dieß zu, wenn er, statt bloße Vorschriften aufzustellen, welche der Einzelne zu befolgen hat, mittelst seiner Organe den Vollzug dieser Vorschriften selbst besorgt, zumal der für die Einzelnen entstehende Vermögensnachtheil dadurch eher vermindert als vermehrt wird, besonders wenn, wie dieß bezüglich der gegen die Verbreitung der Pockenkrankheit im Kanton Zürich gesetzlich vorgeschriebenen Maßnahmen der Fall ist, der Staat seine eigenen Leistungen dem Einzelnen unentgeltlich zu Theil werden läßt. Der Staat ist hiebei nämlich gleichsam der Geschäftsführer (negotiorum gestor) seiner Bürger und erfüllt als solcher lediglich die den Einzelnen obliegende Pflicht, die Weiterverbreitung der Krankheit zu verhindern, welche, zunächst allerdings bloß moralischer Natur, in Folge Gesetzes zur Rechtspflicht geworden ist. Zudem schließt § 1855 die Schadenersatzpflicht aus, wenn der Geschädigte aus *öffentlich rechtlichen* Gründen verpflichtet ist, denselben selbst zu tragen, und daß dieß hier zutrifft, kann nach dem Gesagten keinem Zweifel unterliegen.

3. Wenn einige gegen die Verbreitung ansteckender Krankheiten erlassene Gesetze, wie z. B. dasjenige gegen die Reblausgefahr, eine Ersatzpflicht des Staates für den den Privaten durch die vorgeschriebenen Maßregeln entstehenden Sahaden festsetzen, so beruht dieß nicht auf *rechtlichen*, sondern auf *rechtspolitischen* Gründen. Die ganz bedeutende Vermögensbenachtheiligung, welche die gemäß den obigen Erörterungen dem Einzelnen obliegende Verpflichtung, die Weiterverbreitung einer ansteckenden Krankheit zu verhindern, im Gefolge hat, führt diesen nämlich leicht dazu, solche Krankheiten zu verheimlichen und dadurch die Gefahr der Weiterverbreitung ungemein zu vermehren, während eine solche Verheimlichung viel weniger stattfindet, wenn der Staat dem Einzelnen diese Vermögensnachtheile vergütet, somit es im wohlverstandenen Interesse der Gemeinschaft liegt, solche Vergütungen zu bewilligen. Daß dieser rechtspolitische Grund gerade bei der Reblausgefahr mit vollem Recht zur Feststellung einer solchen Pflicht des Staates geführt hat, ist unbestreitbar. Auch bezüglich der Pockengefahr mag derselbe, wenn auch in geringerem Maße, für die Bewilligung sprechen. Allein dieß ist nur ein Grund für den Gesetzgeber, für den Richter ist derselbe dagegen eben so unerheblich wie allfällige unklare Billigkeitsrücksichten.

4. Die Klage ist daher, so weit sie auf § 1855 des pr. G.-B. gestützt wird, prinzipiell zu verwerfen, ohne daß noch weiter untersucht werden müßte, ob im Fall einer Gutheißung die beklagte Gemeinde oder der Staat verpflichtet wäre, den Schaden zu ersetzen.

5. Wenn der Kläger sodann in zweiter Linie die Klage darauf stützt, daß die Desinfection in unsorgfältiger Weise durchgeführt und dadurch der eingeklagte Schaden verursacht worden sei, so mangelt es zunächst an einem genügenden Beweisanerbieten für dieses bestrittene Klagefundament. Sodann steht einer solchen Schadenersatzforderung, werde sie nun als eine solche aus Delikt oder aus Contrakt (Geschäftsführung ohne Auftrag) aufgefaßt, der Umstand entgegen, daß die Beklagte eine juristische Person ist. Da näm-

lich der Schaden durch Fahrläßigkeit von Angestellten der Beklagten verursacht sein soll, so würde die Beklagte gemäß Art. 62 Absatz 2 resp. Art. 115 des schweiz. O.-R. nur dann haften, wenn sie in Folge eines von ihr betriebenen Gewerbes die Desinfection der Droschke des Klägers besorgt hätte, was eben nicht der Fall ist.

Schluss:

Die Appellation des Klägers ist unbegründet und demnach die Klage abgewiesen.

Urtheil

der

Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

vom 20. März 1886

in Sachen

der *Anna Elise Walder* in Zürich

contra

Pfluger-Berger in Solothurn,

betr. Urtheilsvollziehung.

(Art. 61 und 59 der schweizerischen Bundesverfassung.)

Thatsächliches:

A. Die Beklagte, Jgfr. Walder hatte gegen Ende 1882 an ihre Miethеrin, Wittwe Margaretha Enderli theils als Miethzins, theils aus Erfüllung von Bürgschaftsverbindlichkeiten, welche sie für dieselbe eingegangen hatte, eine gewisse Summe zu fordern, sie betrieb die Schuldnerin, erhielt einen Pfandschein, verlangte Versilberung, kaufte dann aber, statt der letztern den Fortgang zu lassen, der Enderli die Pfandobjecte ab, vermiethete ihr dieselben aber sofort wieder. Es scheint sich um einen sogenannten Deckungskauf gehandelt zu haben. Zur Zeit dieser Vorgänge hatte die Frau Enderli in Solothurn bereits eine Wirthschaft nebst Wohnung gemiethet und es sollten die der Walder verkauften, ihr aber wieder vermietheten Fahrhabegegenstände ebenfalls dorthin gezogen werden. Der neue Vermiether war der heutige Kläger. De Antritt der Miethe war festgesetzt auf de 1. Dezember 1882 und das Miethverhältni sollte dauern bis zum 1. April 1884. Al jährlichen Miethzins hatte man vereinbart di Summe von 750 Fr. Thatsächlich zog inde Frau Enderli erst *Ende* Dezember 1882 ei Am 28. Dezember schickte ihr Jgfr. Walde die gekauften, aber wieder vermietheten Fah habegegenstände nach Solothurn und am 29. De zember nahm sie solche daselbst in Empfan und brachte sie in die bei Pfluger-Berger ge mietheten Räumlichkeiten. Mit Brief vo 9. Januar 1883 übertrug Rechtsagent Heß Pfenninger in Zürich Namens der Walde dem Fürsprech Fürholz in Solothurn die Wah rung der Interessen seiner Clientin gegenübe der Frau Enderli, theilte ihm gleichzeitig mi daß und welche im Besitz der letztern be findliche Fahrhabegegenstände der Jgfr. Wal der eigenthümlich gehören und ersuchte ih dem Vermiether Pfluger davon Kenntniß z geben und am 10. oder 11. Januar machte dann wirklich Fürholz dem letztern Anzeig davon, daß und welche Objecte nicht der En derli, sondern der Walder gehören.

B. Am 4. August 1883 wurde in Solothurn über Wittwe Enderli der Geldstag eröffnet und es meldete Kläger in diesem eine Mieth zinsforderung von 983 Fr. 35 Rp. an. Wie er auf eine so hohe Summe kam, ist aus den Akten nicht ersichtlich. In das Verzeichniß der beweglichen Aktiven wurden auch die Fahrhabegegenstände der Beklagten aufgenommen, Fürsprech Fürholz zeigte jedoch in Folge Auftrags des Rechtsagenten Heß-Pfenninger der Amtsschreiberei an, daß Jgfr. Walder dieselben als ihr Eigenthum vindicire und gegen einen Verkauf protestire. In Folge dessen unterblieb der letztere und Kläger bewahrte die Gegenstände bis zum 20. Februar 1884 in den Miethräumen und von da an in einem andern ihm eigenthümlich zustehenden Hause auf.

C. Im Geldstage der Enderli erhielt Kläger an die angemeldete Forderung 305 Fr. 40 Rp. und kam zu Verlust mit 677 Fr. 95 Rp. Nachher scheinen ihm aber weitere 375 Fr. bezahlt worden zu sein, so daß er nur noch

02 Fr. 95 Rp. zu fordern hatte. Am 4. November 1884 reichte er sodann endlich beim Amtsgericht Solothurn-Lebern gegen die in Zürich domicilirte Jgfr. Walder Klage ein, indem er verlangte, das Gericht wolle erkennen, dieselbe sei pflichtig:

a) anzuerkennen, daß ihm ein Retentionsrecht an den in der Klageschrift speziell aufgeführten Fahrhabegegenständen zustehe für seine Restanzforderung von 302 Fr. 95 Rp. nebst Zins à 5 % seit 14. August 1883, und

b) *ihm seit 4. August 1883 bis zum Entscheid des Prozesses einen Miethzins von 100 Fr. per Jahr zu bezahlen.*

Für die Beklagte trat Fürsprech Fürholz auf, er bestritt die Competenz des angerufenen Richters weder bezüglich des ersten noch zweiten Rechtsbegehrens und machte auch keine Einwendung gegen das Quantitativ der angeblich restirenden Miethzinsforderung. Nach Allem was vorliegt scheint er das angesprochene Retentionsrecht lediglich im Princip bestritten zu haben, weil Kläger das Eigenthum der Beklagten an den retinirten Gegenständen gekannt habe, worin dann natürlich auch eine principielle Bestreitung der sogenannten Miethzinsforderung gefunden werden muß. Vom Kläger wurde diese letztere mit folgenden thatsächlichen Vorbringen begründet:

„In Folge der geltend gemachten Eigen„thumsansprüche der Verantworterin an dem „mehrerwähnten Mobiliar war Kläger gezwun„gen, das letztere seit der Verpflegung des „Geldstages über Wittwe Enderli d. d. 4. Au„gust 1885 gehörig aufzubewahren. Er for„dert dafür einen Miethzins von 100 Fr. per „Jahr seit 4. August 1883, bis zum Entscheid „dieses Prozesses, was billig ist.“

D. Mit Urtheil vom 29. Juni 1885 hieß das Amtsgericht das angesprochene Retentionsrecht im geltend gemachten Umfange gut und erklärte die Beklagte auch pflichtig, dem Kläger seit 4. August 1883 bis zum Entscheide dieses Prozesses einen *Miethzins* von 100 Fr. per Jahr zu bezahlen. Bezüglich der Kosten erkannte dasselbe, es habe die Beklagte solche dem Kläger *mit 111 Fr.* zu ersetzen. Die gerichtliche Anerkennung des Miethzinsanspruches wurde mit folgender Erwägung begründet:

„Nachdem die Verantworterin im Geldstag „der Wittwe Enderli ihre Eigenthumsansprüche „an den mehrgenannten Sachen geltend ge„macht und aus diesen Gründen eine Ver„steigerung derselben nicht hat stattfinden „können, war Kläger genöthigt, *um sich den „Bestand seines angesprochenen Rechtes „zu sichern,* die Gegenstände in seinem Eigen„thum zu verwahren *und es ist ihm,* da er „über das Logis, worin fragliche Gegenstände „verwahrt waren, nicht anderweitig verfügen „konnte, *Schaden erwachsen, wofür ihm „die Verantworterin zum Ersatz verpflich„tet ist* und der in Rechtsfrage II der Klage „geforderte *Miethzins* von 100 Fr. per Jahr „erscheint als billig.“

E. Vom 4. August 1883 bis 29. Juni 1885 ergibt sich ein Zins von 190 Fr. 13 Rp. Für diesen Betrag nebst 111 Fr. Kostenersatz betrieb Kläger die Beklagte, diese bestritt jedoch die Schuldpflicht und im summarischen Verfahren wurde der Kläger Mangels Liquidität der Frage, ob das solothurnische Urtheil rechtskräftig sei, abgewiesen. Nunmehr betrat er den Weg des ordentlichen Prozesses. Seinen Anspruch auf Condemnation der Beklagten zur Bezahlung von 301 Fr. 13 Rp. stützte er einfach auf das erwähnte Urtheil des Amtsgerichtes Solothurn-Lebern, behauptend, es müsse demselben gemäß Art. 61 der Bundesverfassung hierorts die Vollziehung gewährt werden, weil es ein endgültiges Urtheil sei und sich die Beklagte dem erkennenden Gerichte freiwillig unterworfen, also auf die Wohlthat des Art. 59 der Bundesverfassung verzichtet habe, womit auch die Competenz des Gerichtes und damit die Rechtskraft des Urtheils festgestellt sei. Jede Einlassung auf das dem Klaganspruch materiell zu Grunde liegende Rechtsverhältniß, soweit jener nämlich die sogenannte Miethzinsforderung betrifft, wurde verweigert. Die Beklagte bestritt, daß das Amtsgericht Solothurn-Lebern bezüglich des sogenannten Miethzinsanspruches competent gewesen sei und daß sie dessen Zuständigkeit jemals anerkannt habe. Vom ganzen Prozesse habe sie überhaupt nichts gewußt und weder den Fürsprech Fürholz noch den

Rechtsagenten Heß-Pfenniger mit der Führung desselben betraut, namentlich aber habe sie keine Ahnung davon gehabt, daß Kläger nicht nur Anerkennung des Retentionsrechtes verlange, sondern überdem noch eine persönliche Forderung an sie stelle und daß darüber in Solothurn Prozeß geführt werde.

F. Die erste Instanz hieß die Klage gut, davon ausgehend, daß:

a) das Urtheil, um dessen Vollstreckung es sich handle, nach dem Zeugniß der Gerichtskanzlei Solothurn-Lebern ein endgültiges sei;

b) das erkennende Gericht auch zur Beurtheilung des II., sogenannten Miethzinsanspruches zuständig gewesen sei, weil Fürsprech Fürholz sich ohne Widerrede auf die diesfällige Klage eingelassen, damit den dortigen Gerichtsstand anerkannt habe und diese Anerkennung auch für die Beklagte verbindlich sei, weil die Vermuthung dafür spreche, daß jeder ordentliche, namentlich aber ein beeidigter Fürsprech nicht ohne Vollmacht Prozesse führe, demgemäß das solothurnische Prozeßgesetz denn auch bestimme, daß ein beeidigter Fürsprech ohne Vorweisung einer Vollmacht als Parteivertreter auftreten könne und somit davon ausgegangen werden müsse, daß Fürsprech Fürholz von der Beklagten zur Prozeßführung in Solothurn bevollmächtigt gewesen sei, so lange diese den Gegenbeweis nicht leiste und nun dieser zwar versucht, aber völlig mißlungen sei, — und

c) unter diesen Umständen die Rechtskraft des Urtheils und damit dessen Vollziehungsfähigkeit festgestellt sei.

G. Gegen dieses Urtheil erklärte die Beklagte die Appellation und suchte in der Appellationsinstanz um gänzliche Abweisung der Klage nach, währenddem der Kläger auf Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils antrug.

Entscheidungsgründe:

1. Das Amtsgericht Solothurn-Lebern hat in seinem am 29. Juni 1885 in Sachen der heutigen Parteien erlassenen Urtheil die Beklagte Jgfr. Walder zunächst verpflichtet, ein vom Kläger an verschiedenen ihr eigenthüm lich zustehenden Fahrhabegegenständen ge tend gemachtes Retentionsrecht anzuerkenne und sodann im Weitern erkannt, es sei di selbe verpflichtet, dem Kläger seit 4. Augu 1883 einen Miethzins von 100 Fr. per Ja zu bezahlen und ihm die Kosten des Pr zesses mit 111 Fr. zu ersetzen. Den Gege stand der heutigen Klage bildet nun die Ge tendmachung dieser Miethzins- und Proze entschädigungs- bezw. Kostenforderung u da der klägerische Vertreter sowohl erst- u zweitinstanzlich ausdrücklich erklärt hat, d er als Rechtstitel für diese Ansprüche ledi lich das genannte amtsgerichtliche Urtheil ge tend mache, also den sogenannten Miethzin anspruch nicht etwa eventuell aus dem u sprünglichen, dem Urtheil zu Grunde liege den Titel ableite, so hängt das Schicksal de Klage einzig und allein von der Frage ab ob jenes Urtheil vollstreckbar sei oder nicht

2. Nach dem hier maßgebenden Art. 61 de Bundesverfassung hängt die Frage der Vol streckbarkeit des Urtheils lediglich davon ab ob dasselbe rechtskräftig sei oder nicht, di Rechtskraft eines Civilurtheils aber setzt nac constanter Praxis voraus:

a) daß dasselbe nach den Gesetzen des Kan tons, in welchem es erlassen wurde, ein endgültiges Urtheil sei, — und

b) daß das erkennende Gericht zur Beurthei lung und Entscheidung des fragliche Rechtsstreites zuständig gewesen sei.

Nun steht fest, daß das Urtheil des Amts gerichtes Solothurn-Lebern ein endgültiges ist denn die Kanzlei dieses Gerichtes bezeugt daß eine Appellation gegen dasselbe nicht ergriffen worden ist, währenddem diese das einzige ordentliche Rechtsmittel war, dessen sich die Beklagte nach der solothurnischen Pro zeßordnung hätte bedienen können. Nicht so verhält es sich dagegen mit der Frage de Competenz des urtheilenden Gerichtes.

3. Nach dem Satze, daß für die Beurthei lung der Rechtskraft eines Urtheils zunächs die Prozeßgesetzgebung des Kantons, in wel chem dasselbe erlassen wurde, maßgebend ist muß vorerst untersucht werden, ob die Beklagte nach der Civilprozeßordnung des Kan-

ons Solothurn bezüglich des hier in Frage kommenden Zins- resp. Schadenersatzanspruches bei dem erkennenden Gerichte gerichtspflichtig war; diese Frage aber ist auf Grund von § 25 der citirten Prozeßordnung zu bejahen, weil jener Anspruch, wenn überhaupt, jedenfalls in Solothurn entstanden ist, unter allen Umständen aber dort zu erfüllen war und die citirte Gesetzesbestimmung für derartige Ansprüche gegenüber Personen, welche im Kanton Solothurn keinen Wohnsitz haben, den Gerichtsstand des Erfüllungsortes statuirt. Dieser Gerichtsstand ist nun aber gerade für interkantonale Streitigkeiten, für die er geschaffen worden zu sein scheint, insofern unzulässig, als die letztern persönliche Ansprachen im Sinne des Art. 59 der Bundesverfassung betreffen und da die Beklagte behauptet, daß die in Frage kommende, durch das zu vollziehende Urtheil gutgeheißene Ansprache eine persönliche im Sinne des genannten Artikels sei, so ist zu untersuchen, wie es sich mit dieser Behauptung verhalte.

4. Der Entscheid über diese Frage muß unbedingt dahin gehen, daß die fragliche, richterlich gutgeheißene Zins- oder Schadenersatzansprache wirklich eine rein persönliche Ansprache und somit der citirte Gerichtsstand des Erfüllungsortes ausgeschlossen gewesen sei. Es handelte sich unbestreitbar um einen reinen Forderungsanspruch aus obligationenrechtlichem Titel und daß einem solchen der Character einer persönlichen Ansprache im Sinne des Art. 59 der Bundesverfassung zukommt, wird kaum negirt werden können. Dem Kläger stund das Retentionsrecht des Vermiethers natürlich nur für seine Miethzinsforderung an die Frau Enderli, nicht aber für eine Entschädigungsforderung an die Beklagte aus der Thatsache der Aufbewahrung ihres Mobiliars zu und ebensowenig ließ sich für diesen Anspruch ein Retentionsrecht aus dem Art. 224 des O.-R. ableiten, sodaß nicht etwa gesagt werden kann, der letztere sei ein pfandrechtlich gesicherter gewesen und habe dadurch die Natur einer persönlichen Ansprache verloren. Uebrigens ist in dieser Beziehung entscheidend, daß Kläger vor dem Amtsgericht in Solothurn ein derartiges Retentionsrecht gar nicht geltend gemacht, seine Klage nicht dahin gestellt hat, ob die Beklagte auch für die fragliche Entschädigungsforderung ein Retentionsrecht anzuerkennen verpflichtet sei, sondern nur den Forderungsanspruch als solchen einklagte, also die reine Forderungs- bezw. Schuldklage und nicht die dingliche auf Anerkennung eines Retentions- oder Faustpfandrechtes gerichtete Klage stellte. Es ist etwas schwer, zu sagen, welchen Rechtstitel das urtheilende Gericht seinem Spruch eigentlich zu Grunde gelegt hat, allein das positiv festzustellen ist auch nicht nöthig, denn für die Anwendbarkeit des Art. 59 der Bundesverfassung genügt es vollständig, zu wissen, daß derselbe nach Allem, was vorliegt, jedenfalls nur ein obligationenrechtlicher gewesen sein kann. Dies aber ergibt sich schlagend aus dem amtsgerichtlichen Urtheil. Das Urtheils*dispositiv* spricht von *Zins,* den die Beklagte zu bezahlen habe, nach Allem, was den Akten zu entnehmen ist, scheint der urtheilende Richter an Miethzins gedacht zu haben, und diese Ausdrucksweise läßt vermuthen, daß derselbe wenn auch nicht an den Rechtstitel des Vertrages, so doch vielleicht an denjenigen der negotiorum gestio gedacht hat, davon ausgehend, es habe der Kläger durch die Aufbewahrung von Gegenständen, welche der Beklagten gehören, ein nothwendiges und nützliches Geschäft für dieselbe besorgt und es qualificire sich die Benutzung der dazu erforderlich gewesenen Räume als eine Verwendung, deren Ersatz in Geld der Geschäftsführer zu verlangen berechtigt sei. Gewiß ist dieser Titel ein obligationenrechtlicher und der daraus folgende Anspruch ein persönlicher. Einen andern Eindruck gewinnt man nun allerdings beim Lesen der Urtheils*begründung*. In dieser wird nämlich gesagt, es habe die Beklagte den Kläger durch Geltendmachung ihrer Eigenthumsansprache und der dadurch bewirkten Unmöglichkeit sofortiger Realisirung des Retentionsrechtes gezwungen, die Gegenstände weiterhin aufzubewahren und weil der Letztere zufolge dieses Verhaltens die betreffenden Räume nicht anderweitig habe vermiethen können, sei er geschädigt worden, die Beklagte als Urheberin des Schadens aber zu dessen Ersatz verpflichtet. Es wird also hier eine Schadensersatz-

pflicht der Beklagten aus außervertraglichem Verschulden construirt und somit als Rechtstitel derjenige eines Delictes angenommen. Auch diesem Titel kann die Natur eines obligationenrechtlichen nicht abgesprochen werden und ebenso wenig läßt sich bestreiten, daß ein daraus abgeleiteter Anspruch die Natur eines rein persönlichen Anspruches habe. Mag also das Gericht den ersten oder zweiten Schuldgrund als zutreffend erachtet haben, so bleibt der Satz richtig, daß es den streitigen Anspruch als einen persönlichen angesehen hat. Ob es *richtig* gewesen sei, einen dieser beiden Titel als vorhanden zu betrachten, und ob man namentlich im Ernste von Schadensersatzpflicht aus außervertraglichem Verschulden sprechen konnte, ist eine Frage, die wohl eher zu verneinen als zu bejahen wäre, entzieht sich aber der diesseitigen Beurtheilung und ist für die Frage, ob über einen rein persönlchen Anspruch entschieden worden sei, unerheblich. Schließlich ändert sich das Resultat auch nicht, wenn man die *Klagebegründung* als für die Natur des Anspruches maßgebend ansehen sollte, denn auch diese ist derart gehalten, daß darin nur die Geltendmachung einer der bereits genannten obligationenrechtlichen Titel erblickt werden kann und übrigens ist ein Anspruch auf Leistung einer gewissen Geldsumme sicherlich so lange als ein persönlicher anzusehen, als nicht dargethan wird, daß er aus einem dinglichen, familien- oder erbrechtlichen Titel abgeleitet werde und das ist nicht geschehen.

5. Gegen die Anwendbarkeit des Art. 59 der Bundesverfassung könnte nun weiter eingewendet werden, der erkennende Richter sei mit Rücksicht auf den Gerichtsstand des Sachzusammenhanges competent gewesen (§ 26 der Civilprozeßordnung des Kantons Solothurn) und darauf sei deßhalb entscheidendes Gewicht zu legen, weil dieser Gerichtsstand nach feststehender Praxis der Bundesbehörden durch den Art. 59 der Bundesverfassung nicht ausgeschlossen werde. Allein das Gericht kann sich auch von der Richtigkeit dieser Auffassung nicht überzeugen.

Der § 26 der Civilprozeßordnung des Kantons Solothurn sagt, daß dem Richter, der über die Hauptsache zu sprechen hat, auch die Beurtheilung der Nebensache zukomme, der Anspruch des Klägers auf Zusprechung einer Miethzinsforderung von 100 Fr. per Jahr für die ganze Zeit des Verbleibens der fraglichen Gegenstände in seinen Räumlichkeiten war nun aber juristisch aufgefaßt entschieden kein nebensächlicher im Verhältniß zu dem Anspruch auf Anerkennung des Retentionsrechtes für eine Miethzinsforderung von 302 Fr., denn er beruht weder auf den gleichen thatsächlichen Verhältnissen, noch stellt sich der Antrag auf Gutheissung desselben als ein bloßer Zusatzantrag zu demjenigen auf Gutheißung des Retentionsrechtes dar. Die thatsächliche Grundlage des letztern wurde gebildet durch das Miethverhältniß zwischen dem Kläger und der Frau Enderli, das Einbringen der fraglichen Gegenstände in die Miethsräume ab Seite der Mietherin, die Nichtzahlung des Miethzinses durch die letztere und das Nichtkennen des beklagtischen Eigenthums ab Seite des Klägers. Anderseits wurde die Miethzins- bezw. Schadensersatzforderung darauf gestützt, daß die Beklagte durch Geltendmachung ihrer Eigenthumsansprache den Kläger zu weiterer Aufbewahrung der Gegenstände genöthigt und ihn so geschädigt habe, also ein durchaus neues und selbständiges Fundament geltend gemacht. Daß der Bestand des Retentionsrechtes gleichsam die Voraussetzung für die Begründung eines aus diesen letztern, durchaus selbständigen Thatsachen folgenden Anspruches bildete, ändert durchaus nichts an dem Satze, daß die maßgebenden, den beiden Ansprüchen zu Grunde liegenden Verhältnisse nicht identisch sind. Die Haupterwägung, welche den Gerichtsstand des Sachzusammenhanges als dem Art. 59 der Bundesverfassung nicht widersprechend erscheinen läßt, ist die, daß dieser Artikel nur solche persönlichen Ansprachen im Auge hat, welche in der Form eines *selbständigen* Angriffes erfolgen, was von den bloßen Nebenbegehren nicht gesagt werden kann, nun dürfte aber doch völlig klar sein, daß sich der Anspruch auf Gutheißung jener Zinsforderung als ein durchaus selbständiger darstellt; denn er ergab sich überall nicht ohne Weiteres aus der

Begründung des Retentionsrechtes, er ist nicht ein aus dieser selbst folgender Zusatzanspruch, sondern bedurfte vielmehr zu seiner Fundirung der Geltendmachung und des Nachweises anderweitiger, durchaus neuer und selbständiger thatsächlicher Vorbringen und hätte namentlich auch einer selbständigen rechtlichen, von der des Retentionsanspruches total verschiedenen Begründung bedurft, wiewohl weder der klägerische Vertreter noch das Amtsgericht Solothurn eine solche zu geben sich bemüßigt fanden. Bei Prüfung der Frage, inwieweit der Gerichtsstand des Sachzusammenhanges mit dem Art. 59 der Bundesverfassung vereinbar sei, sind die Gerichte übrigens durchaus nicht an den Umfang gebunden, den jener Gerichtsstand in den einzelnen kantonalen Prozeßgesetzgebungen empfangen hat; denn sonst wäre es in das Belieben der Kantone gesetzt, die Anwendbarkeit des Art. 59 nach Gutfinden zu beschränken und daß das nicht zuläßig ist, bedarf keiner weitern Begründung. Wenn somit selbst gesagt werden wollte, das Amtsgericht Solothurn habe seine Zuständigkeit aus dem § 26 seiner Prozeßgesetzgebung ableiten können, so müßte dieser Gerichtsstandsgrund dennoch als unvereinbar mit dem Art. 59 der Bundesverfassung abgelehnt werden. —

6. Unbestreitbar kann der Schuldner auf den ihm durch Art. 59 der Bundesverfassung zugesicherten Gerichtsstand des Wohnortes verzichten und zwar ist dieser Verzicht sowohl ausdrücklich als durch concludente Handlungen möglich. In der letztern Form kommt derselbe hauptsächlich in der Weise vor, daß sich der Beklagte ohne Competenzbestreitung vor dem nicht zuständigen Gericht auf das Materielle der Klage einläßt, sich also freiwillig dem letzern unterwirft. Die Möglichkeit eines derartigen Verzichtes auf die Rechtswohlthat des Art. 59 hat die Anerkennung des Gerichtsstandes der freiwilligen Unterwerfung auch für interkantonale Streitigkeiten über persönliche Ansprachen zur Folge und dieser Gerichtsstand ist denn auch dem Prozeßgesetz des Kantons Solothurn bekannt (§ 27 des C.-P.-O.); es ist aber durchaus zu betonen, daß es nur die Möglichkeit des Verzichtes auf die Wohlthat des Art. 59 ist, welche diese Anerkennung nach sich zieht, denn daraus geht hervor, daß die Frage der Unterwerfung unter den fremden Richter identisch ist mit der Frage jenes Verzichtes und folglich zunächst nicht in Betracht kommt, unter welchen Voraussetzungen die kontanalen Prozeßgesetzgebungen die freiwillige Unterwerfung annehmen. Nun ist Thatsache, daß Fürsprech Fürholz in Solothurn sich vor dem dortigen Amtsgericht sowohl auf die Klage betr. Anerkennung des Retentionsrechtes als auch auf diejenige betr. Miethzins- bezw. Schadensersatzforderung eingelassen und die Beklagte in beiden Richtungen bis zur Urtheilsfällung vertreten hat, ohne je die Incompetenz des dortigen Richters geltend zu machen. Damit hat derselbe unzweifelhaft den Unterwerfungswillen so deutlich bekundet, daß seinerseits durchaus Verzicht auf die Wohlthat des Art. 59 angenommen werden muß. Allein eine ganz andere Frage ist nun die, ob dieser Verzicht für die Beklagte verbindlich sei. Sie kann nur dann bejaht werden, wenn Fürholz zu ihrer Vertretung bevollmächtigt war und zwar genügt es selbstverständlich nicht, daß er Vollmacht zu ihrer Vertretung in der Klagesache betreffend das Retentionsrecht hatte, sondern da der Klaganspruch betreffend Bezahlung einer jährlichen sogenannten Miethzinsforderung, wie bereits nachgewiesen, sich als ein durchaus selbstständiger, von jenem erstern rechtlich unabhängiger darstellt, mußte er auch spezielle Vollmacht zur Antwort auf diesen Anspruch haben. Da der Kläger die Vollziehung eines Urtheils verlangt, hat er selbstverständlich auch die Voraussetzungen, an deren Vorhandensein die Gewährung derselben geknüpft ist, nachzuweisen. Eine Hauptvoraussetzung ist diejenige der Competenz des erkennenden Richters und da das Vorhandensein dieser Voraussetzung nach dem Gesagten davon abhängt, ob sich die Beklagte dem Letztern freiwillig unterworfen und dadurch auf die Wohlthat des Art. 59 verzichtet hat, die Beantwortung dieser Frage aber ihrerseits wieder davon abhängig ist, ob Fürsprech Fürholz Vollmacht zur Ver-

tretung der Walder hatte, so ist es Sache des Klägers, dieses Vollmachtsverhältniß nachzuweisen. Daß ihm nun dießfalls eine Vermuthung zu Hülfe komme, wie das Bezirksgericht angenommen hat, ist eine Illusion, die jeder Grundlage entbehrt. Daß eine bezügliche Rechtsvermuthung bestehe, behauptet das Bezirksgericht selbst nicht und für eine thatsächliche Präsumtion mangelt es an jedem Anhalt; Präsumtionen an gewisse Berufsarten zu knüpfen, wäre ein gefährliches Ding. Nach § 5 der solothurnischen Prozeßordnung besteht allerdings eine Vermuthung, daß der beeidigte Fürsprech Vollmacht habe, allein gewiss nur dem Gerichte gegenüber. Durch diese Bestimmung wurde dem Letztern die Pflicht zur Sorge für die Ordnung des Vollmachtsverhältnisses abgenommen und dem beeidigten Fürsprech übertragen, allein im Verhältniß zum Clienten kann sich der letztere sicherlich nicht auf diese Vermuthung berufen, ebensowenig ist dieselbe gegeben für die Gegenpartei und endlich ist zu sagen, daß diese Vermuthung unter keinen Umständen maßgebend ist für das Vollstreckungsverfahren, für dieses vielmehr einzig und allein die allgemein anerkannten Beweisgrundsätze in Betracht kommen, diese aber kennen keine Präsumtion für das Bestehen eines Vollmachtsverhältnisses zwischen dem Anwalt und einer Partei, als deren Vertreter der letztere sich ausgibt. — Hienach ist zu untersuchen, ob der Beweis für das behauptete Vollmachtsverhältniß anderweitig geleistet sei, die Frage muß aber verneint werden. Gewiss steht zwar fest, daß Fürholz von Rechtsagent Heß-Pfenninger Auftrag zur Beantwortung der Klage betreffend den Retentionsanspruch empfangen hat, allein schon für die weitere Annahme, daß Letzterer seinerseits bevollmächtigt gewesen sei, jenem diese Prozeßführung zu übertragen, überhaupt dieses Retentionsrechtes wegen einen Prozeß in Solothurn führen zu lassen, ist den Akten keineswegs mit genügender Sicherheit zu entnehmen, und wenn das Bezirksgericht sagt, es sei dieß beklagterseits gar nicht bestritten worden, so ist darauf zu erwidern, daß das Verhandlungsprotokoll (siehe namentlich Duplik am Ende) den Bestreitungswillen zur Genüge documentirt. Jedenfalls mangelt es nun aber für die hier einzig entscheidende Thatsache, nämlich dafür an allem Beweis, daß Fürholz Vollmacht gehabt habe, die Beklagte bezüglich des hier in Frage kommenden Zins- resp. Entschädigungsanspruches vor dem Amtsgericht zu vertreten, darüber mit dem Kläger einen Prozeß zu führen. Die Akten bieten nicht den geringsten Anhalt für die Annahme, daß Fürholz auch nur dem Heß-Pfenninger jemals eine Mittheilung von der Geltendmachung eines derartigen Anspruches gemacht habe und nach der Art und Weise wie dieser den Prozeß überhaupt behandelt hat, spricht auch keinerlei Wahrscheinlichkeit dafür. Er scheint vielmehr diesen Anspruch als etwas Nebensächliches, von dem specielle Mittheilung zu machen sich nicht der Mühe lohne, betrachtet zu haben. Noch viel weniger liegt endlich vor, daß die Beklagte dießfalls selbst von der Sachlage unterrichtet worden sei. —

7. Ist hienach davon auszugehen, daß die Beklagte auf den ihr durch Art. 59 der Bundesverfassung garantirten Gerichtsstand des Wohnortes nicht verzichtet hat, so war der solothurnische Richter auch nicht competent zur Beurtheilung der hier in Frage kommenden persönlichen Ansprache, sein Urtheil ermangelt daher der Rechtskraft und ist deßhalb nicht vollziehbar. Allerdings kann man nun sagen, es falle von den 111 Fr. Kostenersatz ein Theil auf die Retentionsansprache und weil das erkennende Gericht bezüglich dieser competent war, so müsse dieser Theil immerhin gutgeheißen werden, allein wenn auch eine solche theilweise Gutheißung gerechtfertigt und richtig wäre, so kann sie doch deßwegen nicht erfolgen, weil es dießfalls sowohl an einem Antrag als an der Begründung desselben fehlt und deßwegen auch die Beklagte keine Veranlassung hatte, über diese Frage sich auszusprechen.

8. Daß bei dieser Sachlage auch der Anspruch auf Ersatz der Kosten des summarischen Verfahrens abgewiesen werden muß, bedarf einer besondern Begründung nicht.

Schluss:
Die Appellation der Beklagten ist begründet und demnach die Klage abgewiesen. —

Urtheil
der
Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes
vom 23. Februar 1886
in Sachen
Gutknecht & Steiner ca. *Kläusli.*

Forderung aus Delict. Haftpflicht des Geschäftsherrn für den von seinen Angestellten oder Arbeitern in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursachten Schaden. (Art. 62 des O.-R.) Dieselbe ist nicht eine solche für fremdes, sondern für eigenes Verschulden, das aber gesetzlich präsumirt wird. Der Art. 62 schließt die Zusprechung einer über den erweislichen Schaden hinausgehenden Geldsumme im Sinne von Art. 54 des O.-R. nicht aus. Die „besondern Umstände", welche nach der letztcitirten Gesetzesstelle die Zusprechung einer solchen Geldsumme rechtfertigen, können auch objectiver Art sein, d. h. in der Art und Größe der Verletzung liegen.

Thatsächliches:

A. Der Müller Johannes Kläusli in Neftenbach ist Besitzer einer in der Gießerei und Fabrik landwirthschaftlicher Maschinen in Konstanz erstellten Dampfdreschmaschine, mit welcher er jeweilen im Herbst und Winter von Dorf zu Dorf fährt, um den Bauern das Getreide zu dreschen. Im Jahre 1884 übertrug er das Dreschen zwei Angestellten Namens Zurin und Peyer. Dem Erstern lag die Führung und Leitung der Maschine ob, der Letztere dagegen war nur Heizer; währenddem Zurin schon früher bei Maschinen thätig gewesen sein soll, erklärt Peyer, daß er vorher noch nie etwas mit solchen zu thun gehabt habe, dagegen wollen Beide im Anfang ihrer Dienstzeit durch Monteure aus der Fabrik, welche die Dampfdreschmaschine geliefert hat, über die Führung und Bedienung derselben Instruktion erhalten haben, jene Monteure sollen sie zu diesem Zweck an verschiedene Orte, an denen gedroschen worden ist, begleitet haben.

B. In der Woche vom 1. bis und mit 6. September 1884 wurde im Dorfe Neftenbach selbst gedroschen. Am Montag den 1. Sept. zerbrach das Gläschen am Wasserstandsmesser, was einen zweistündigen Unterbruch der Arbeit zur Folge hatte. Am Mittwoch Morgen gerieth der Maschinenschlüssel, welcher am Abend vorher vor der Maschineneinmündung liegen geblieben war und den wegzunehmen man vor Beginn der Arbeit vergessen und übersehen hatte, in die in vollem Laufe befindliche Maschine, wodurch die Achse gekrümmt und verschiedene Zähne theils gebrochen, theils verbogen wurden. Nachdem die letztern durch andere ersetzt waren, wurde mit der Arbeit wieder weiter gefahren, allein die Maschine lief nicht mehr gut, nach kurzer Zeit wurde die gekrümmte Achse in den Lagern des sogenannten Tambours so heiß, daß schließlich Rauch aus der Fruchtputzerei hervordrang, allein trotzdem stellte man die Arbeit nicht ein, sondern ermöglichte die Fortsetzung derselben bis Nachmittags 2½ Uhr, d. h. bis man eben da, wo begonnen worden, vollständig fertig war, dadurch, daß man die erhitzten Lager durch successives, sich in kleinen Zwischenräumen (von Viertelstunde zu Viertelstunde) folgendes Bespritzen mit Oel und Essig kalt zu erhalten suchte. Die erhitzten Lager waren indeß nicht die einzige Ursache der eingetretenen Störungen, vielmehr sprang während der genannten Arbeitszeit (bis 2½ Uhr Nachmittags) auch die Rolle zwei Mal ab, über welche der Hauptriemen läuft und die an der Hauptrolle des Tambour sich befindet, was natürlich ebenfalls eine zeitweise Betriebseinstellung nach sich zog. Beim 1. Mal flog die Rolle an die Wand und fiel erst von dieser auf den Boden, das zweite Mal dagegen beobachtete ein Arbeiter das Loswerden der Sicherheitsschraubenmutter noch so rechtzeitig, daß vor dem eigentlichen Abspringen der Rolle abgestellt werden konnte und dieselbe nunmehr direkt bloß auf den Boden fiel. Dabei ging die äußere Schraubenmutter verloren und es

blieb nur noch die innere zur Befestigung der Rolle. Trotz allen diesen Vorgängen wurde an diesem Tage noch bei einem zweiten Landwirth zu dreschen angefangen, allein da es in der Fruchtputzerei zu brennen anfing, mußte aufgehört werden und nun endlich entschloß sich der Leiter des Maschinenbetriebes, Zurin, am folgenden Tag eine Generalreparatur vornehmen zu lassen. Wirklich brachte er dann Donnerstags den 4. September Wellbaum, Cylinder und Anries in eine Großuhrmacherwerkstätte in Andelfingen, der Werkstättebesitzer war indessen nicht anwesend und die Arbeiter wollen erklärt haben, sie können die hergebrachten Maschinenbestandtheile nicht so herrichten, daß für egale und sichere Funktion garantirt werden könnte, worauf ihnen geantwortet worden sein soll, es genüge für einstweilen, wenn die Reparatur nur die Möglichkeit gebe, in Neftenbach noch ein paar Tage dreschen zu können. Nunmehr wurde der Wellbaum, welcher in Folge Warmlaufens *colossal* gelitten hatte, „geradet", die verloren gegangene Schraubenmutter dagegen nicht ersetzt, weil ein passendes Ersatzstück nicht zur Verfügung stund. Die Arbeiter bezeugen indeß, dem Zurin erklärt zu haben, daß die Eine vorhandene Mutter durchaus keine Sicherheit für das Festhalten der Rolle biete, sondern zu diesem Zwecke eine Contre-Mutter erforderlich wäre. Am Freitag den 5. September wurde mit Dreschen fortgefahren, der Maschinenbesitzer Kläusli selbst will diesmal auf dem Dreschplatz erschienen sein und sich von dem guten Gang der Maschine überzeugt haben, Thatsache ist auch, daß für diesen Tag keinerlei Betriebsstörungen constatirt sind. Schlimmer ging es am folgenden Tage, Samstags den 6. September, als bei *Jakob* Gutknecht in Hünikon-Neftenbach gedroschen wurde. Ein Zeuge sagt, die Maschine habe immer unregelmäßig gearbeitet, der Wendelbaum sei krumm geworden, weil man ihn in Andelfingen zwar „geradet", aber nicht gehärtet habe und die Hauptrolle mehrere Male abgesprungen. Unbestritten ist so viel, daß Abends 4 Uhr der obere Lagerdeckel am Wellbaum sprang und man daraufhin, nachdem sich eine Einlage von Leder als ungenügender Ersatz erwiesen hatte, den Betrieb einstellen mußte, obgleich die Arbeit bei Jakob Gutknecht noch nicht fertig war. Zurin und Peyer machten am Sonntag Morgen dem Geschäftsherrn Kläusli von dem eingetretenen Zerspringen des Lagerdeckels Anzeige, worauf dieser den Erstern und seinen Sohn mit dem Deckel einer alten Fraise auf den Dreschplatz schickte, um solchen an Stelle des zerbrochenen der Maschine womöglich anzupassen. Dieser Versuch war indeß erfolglos und Kläusli entschied daher, daß seine Tochter am folgenden Tage in Steckborn einen neuen Lagerdeckel holen solle, ob er aber seinen Angestellten gleichzeitig die Anweisung gegeben hat, Montag den 8. September mit dem Dreschen so lange nicht zu beginnen, bis seine Tochter den neuen Lagerdeckel gebracht und solcher gehörig eingefügt worden sei, ist bestritten. Dagegen spricht, daß Kläusli in einem dem Civilprozesse vorausgegangenen, schließlich aber sistirten Strafprozeßverfahren selbst erklärte, direkten Befehl, nicht zu arbeiten, habe er nicht gegeben, die Nichtaufnahme der Arbeit bis zum Eintreffen des neuen Lagerdeckels aber als etwas Selbstverständliches angesehen, weil Zurin selbst behauptet habe, daß vorher gar nicht mehr gedroschen werden könne und daß der letztere und Peyer in Uebereinstimmung damit denirten, sie haben ihren Meister gar nicht gefragt, ob am Montag fortgefahren werde solle und folglich auch keine bezügliche Erklärung von ihm erhalten, sowie daß Peyer schon am Sonntag Abend wieder bei Jacob Gutknecht eintraf und bei demselben übernachtete, um, wie die Ehefrau des letztern sich ausdrückte, am Morgen früh mit der Arbeit wieder beginnen zu können.

C. Thatsache ist, daß am Montag Morgen den 8. September ca. 1/2 10 Uhr bei Jacob Gutknecht mit dem Dreschen wieder begonnen wurde, d. h. zu einer Zeit als die Tochter Kläusli mit dem neuen Lagerdeckel noch nicht da war. Zurin und Peyer behaupten, sie hätten zur Fortsetzung der Arbeit nur eingewilligt, weil dieselbe allgemein verlangt worden sei. Kaum war die Maschine im Gang, bog sich der Wellbaum, die einzige noch vorhandene Schraubenmutter löste sich

und die schon früher mehrfach abgesprungene Rolle wurde neuerdings weggeschleudert. Diesmal aber flog sie unglücklicherweise zwei beim Dreschen beschäftigten Arbeitern, nämlich dem Ulrich Gutknecht und dem Heinrich Steiner an den Kopf. Beide erhielteu äußerst schwere, complicirte Haut- und Knochenwunden am Schädel mit Eindruck des Knochens und bedeutender Verletzung des Gehirns an der Bruchstelle. Indessen nahm der Heilungsprozeß bei beiden einen unerwartet günstigen Verlauf. Nach dem erhobenen gerichtsärztlichen Gutachten war Gutknecht bis zum 15. Dezember 1884 gänzlich, von da bis 31. März 1885 zur Hälfte und vom 1. April bis Ende Mai 1885 noch zu einem Drittheil arbeitsunfähig, bei Steiner dauerte die gänzliche Arbeitsunfähigkeit bis zum 30. November 1884, die theilweise dagegen bis Ende Juni 1885 und zwar war dieselbe bis dahin um die Hälfte reducirt. Bei Letzterem trat am 15. Juli 1885 ein Rückfall ein, der ihn wieder mehrere Wochen an's Bett fesselte.

D. Die beiden Verletzten belangten nunmehr den Maschinenbesitzer Kläusli auf Grund von Art. 62 des O.-R. auf Schadensersatz. Indessen beschränkten sie ihr Klagebegehren nicht auf den Zuspruch des erweislichen Schadens, sondern verlangten überdem unter Bezugnahme auf den Art. 54 des O.-R. noch Zusprechung einer angemessenen Geldsumme für ausgestandene Leiden und dafür, daß die erlittenen Schädelbrüche bei ihnen die Gefahr neuer gefährlicher Erkrankungen für alle Zukunft wesentlich gesteigert habe. Das Bezirksgericht Winterthur erklärte die Klage im Principe für begründet und nahm bezüglich des Quantitativs an, daß der erweisliche Schaden (Heilungs- und Verpflegungskosten nebst den Nachtheilen gänzlicher und theilweiser Arbeitsunfähigkeit) bei Gutknecht 590 Fr. und bei Steiner 995 Fr. betrage, erhöhte dann aber diese Summen unter Anwendung von Art. 54 des O.-R. auf 1100 und 1700 Fr. Das Urtheil lautet demnach dahin, Kläusli sei schuldig, dem Ulrich Gutknecht 1100 Fr. und dem Heinrich Steiner 1700 Fr. zu bezahlen. Die Begründung läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen:

1. Der Klaganspruch wird auf die Art. 50 und 62 des O.-R. gestützt, wonach derjenige, der einem Andern aus Absicht oder Fahrlässigkeit Schaden zufügt, demselben zum Ersatze verpflichtet wird und ein Geschäftsherr für den Schaden haftet, den seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, daß er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten.

2. Die von den beiden Klägern erlittenen Verletzungen sind bei Ausübung der geschäftlichen Verrichtungen der vom Beklagten zur Bedienung der Maschine angestellten beiden Arbeiter verursacht worden und es besteht die diesen Arbeitern zur Last fallende Fahrlässigkeit im Wesentlichen darin, daß sie am Vormittag den 8. September die Maschine in Betrieb gesetzt haben, ungeachtet des mangelhaften Zustandes, in welchem sich dieselbe befand, trotzdem sie in Andelfingen ausdrücklich auf diesen Zustand und die Gefährlichkeit eines weitern Maschinenbetriebes aufmerksam gemacht worden sind und trotzdem die vielfachen frühern Betriebsstörungen dringende Veranlassung zur Vorsicht geboten haben. Von dieser Verschuldung aus Fahrlässigkeit können dieselben nicht entbunden werden, wenn auch die Fortsetzung des Dreschens von andern Personen gewünscht oder sogar verlangt worden sein sollte, weil die Maschine nur von ihnen in Betrieb gesetzt werden konnte, ihnen die Bedienung derselben allein oblag und sie auch allein den gefährlichen Zustand derselben kannten.

3. Für den entstandenen Schaden haftet der Beklagte als Geschäftsherr, weil von ihm nicht die erforderliche Sorgfalt angewendet worden ist, um denselben zu verhüten. Vor Allem aus haben die beiden Angestellten die zur Handhabung einer derartigen Maschine erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht besessen, denn eine Instruction darüber, wie die Maschine in Betrieb zu setzen sei, war natürlich nicht genügend um sie zu befähigen, beim Eintritte von Schädigungen an der Maschine die nöthigen Vorkehrungen behufs Wiederherstellung derselben in gebrauchsfähigen Zustand zu treffen und durfte folglich den Beklagten auch nicht veranlassen, die-

selben, wie das geschehen ist, ohne jede weitere Beaufsichtigung sowohl bezüglich des Dreschens als der Reparaturen ganz nach ihrem Gutfinden hantiren zu lassen.

4. Der Beklagte kann zu seiner Entschuldigung nicht darauf abstellen, daß er mit Rücksicht auf die Erklärung Zurins vom 7. September, man könne gar nicht mehr dreschen bis ein neues Lager eingesetzt sei und Angesichts des Umstandes, daß dem Letztern die Absendung seiner Tochter behufs Beschaffung eines solchen Lagers bekannt gewesen sei, angenommen habe, es werde die Maschine am Montag den 8. September so wie so nicht in Thätigkeit gesetzt bis das neue Lager da sei, weil dadurch nicht verhindert worden ist, daß die Maschine dennoch in Betrieb gesetzt wurde und der Unfall sich ereignete.

5. Ein Mitverschulden ist den beiden Klägern nicht beizumessen, denn was die Stelle anbetrifft, an welcher sie sich beim Abspringen der Rolle befunden haben, so konnten sie deren Gefährlichkeit nicht einsehen und sind auch nicht gewarnt worden, was aber den Umstand betrifft, daß unter Beihülfe Steiners ein Leder in das Lager des Wellbaums eingelegt wurde, so ist nicht ersichtlich, wieso dadurch das Abspringen der Rolle verursacht worden sein soll.

6. Die Verletzten haben gemäß Art. 53 des O.-R. zunächst Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten, dazu gehören aber nicht bloß die Kosten der ärztlichen Behandlung, sondern auch diejenigen der Verpflegung, wobei es unerheblich ist, daß die diesfälligen Leistungen theils von Familiengliedern und theils von Anverwandten und befreundeten Personen der Kläger gemacht worden sind. Im Weitern gibt die genannte Gesetzesstelle den Klägern das Recht auf Entschädigung für die Nachtheile gänzlicher und theilweiser Beeinträchtigung ihrer Arbeitsfähigkeit und daß die Letztere ihnen solche Nachtheile gebracht, ist ohne Weiteres anzunehmen, weil sie ohne den Unfall Gelegenheit gehabt hätten, von ihren Arbeitskräften Gewinn zu erzielen.

7. Die Ansprüche für Arzt- & Verpflegungskosten und Nachtheile aus gänzlicher und theilweiser Arbeitsunfähigkeit beziffern sich bei Gutknecht auf rund 590 Fr. und bei Steiner auf 995 Fr.; es rechtfertigt sich im Weitern, den Klägern nach Art. 54 des O.-R. auch eine angemessene Geldsumme für ausgestandene Leiden zuzusprechen und sind von diesem Gesichtspunkte aus die genannten Summen auf 1100 Fr. und 1700 Fr. zu erhöhen.

E. Gegen dieses Urtheil appellirten beide Parteien. Die Kläger verlangten Erhöhung der ihnen erstinstanzlich zugesprochenen Beträge um je 500 Fr., der Beklagte dagegen gänzliche Abweisung der Klage, er verstellte sich zum Beweise, daß er seinen Arbeitern das Dreschen am Montag den 8. September förmlich verboten habe.

Entscheidungsgründe:

Im Wesentlichen kann auf die von der ersten Instanz angeführten Gründe abgestellt werden und ist denselben theils corrigirend, theils ergänzend nur noch Folgendes beizufügen:

1. Die Kläger stützen ihren Anspruch auf Schadensersatz gegenüber dem Beklagten auf Art. 62 des Obl.-R. Nach dieser Gesetzesvorschrift haftet der Geschäftsherr für den Schaden, welchen seine Angestellten in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, *ohne Rücksicht darauf, ob die Arbeiter oder Angestellten ein Schuld dabei trifft oder nicht*; das Gesetz stellt die Vermuthung eines Verschuldens des Geschäftsherrn auf und den Folgen davon kann sich der Geschäftsherr nur entziehen, wenn er beweist, (*ihn* trifft die Hauptbeweislast) daß er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um den Schaden zu verhüten. Mit diesem Beweise ist es strenge zu nehmen, er hat nicht nur zu beweisen, daß er gehörige Aufsicht geübt, sondern auch, daß er alle nöthigen Einrichtungen getroffen habe zur Verhütung des Schadens. Im vorliegenden Falle hatte der Beklagte also dafür zu sorgen, daß die fragliche Maschine in gehörigem Zustande sich befinde, daß sofern dieß nicht der Fall, er davon sofort Kenntniß erhalte, daß ferner mit derselben nicht mehr gedroschen werde und auch dafür haftete er, daß die Angestellten gehörig mit der Maschine umzugehen wissen. *Diesen* Beweis aber hat der Beklagte nicht

erbracht und er wäre auch nicht erbracht, wenn auf die heute gemachten Beweisanerbieten des Beklagten eingetreten und die behaupteten Thatsachen bewiesen würden. Denn wenn er auch am Tage vor dem Unfall den Arbeitern gesagt haben sollte, sie sollen am folgenden Tage mit der Maschine nicht dreschen, (eine Behauptung, die übrigens mit der eigenen Aussage des Beklagten im Strafprozesse im Widerspruche steht) so ist damit von Seite des Geschäftsherrn noch nicht Alles geschehen, was geschehen konnte, wenn man *alle Sorgfalt* aufwenden wollte, um den Schaden zu verhüten, ganz abgesehen davon, daß dieses Verbot wohl nicht mit dem gehörigen Nachdruck ausgesprochen oder dann wieder aufgehoben wurde, denn die beiden Arbeiter setzten die Maschine dennnoch in Gang, während doch für sie ein ersichtlicher Grund nicht vorlag, dem Verbote entgegen zu handeln.

2. Die erste Instanz hat jedem der Kläger außer den Arzt- und Verpflegungskosten und der Entschädigung für eingetretene Erwerbsunfähigkeit eine weitere Entschädigung für entstandene Leiden zugesprochen, gestützt auf Art. 54. des Obl.-R. Es ist nun die Frage aufgeworfen worden, ob in den Fällen des Art. 62 auch eine solche Extraentschädigung zugesprochen werden könne, da doch der Art. 62 nur von „Schaden“ spreche und eine Bestimmung wie Art. 54 nicht enthalte. Die Frage ist zu bejahen. Offenbar wollte damit, daß in Art. 62 nur von Schaden gesprochen wird, nicht ausgeschlossen werden ein weiterer Anspruch z. B. auf Schmerzensgeld. Dieß darf daraus geschlossen werden, daß in Art. 50, welcher den Grundsatz ausspricht, daß wer einem Anderen widerrechtlich Schaden zufüge, demselben zum Ersatze verpflichtet sei, nicht unterschieden wird zwischen eigentlichem Schaden und Entschädigung für bleibende Entstellung, Schmerzensgeld, ebenso daraus, daß Art. 69 auch nur von der Verjährung des „Schadensersatzanspruches“ handelt, während doch unbestreitbar die Bestimmung *alle* Ansprüche, die aus einer widerrechtlichen Schadenszufügung entstehen können, im Auge hat. Es ist also irrig, wenn bei Auslegung des Art. 62 das Hauptgewicht auf das Wort „Schaden“ gelegt werden will.

3. Darüber, daß mit den Worten des Art. 54 „namentlich in Fällen grober Arglist oder grober Fahrlässigkeit“ nur Beispiele angeführt werden wollten, kann kein Zweifel herrschen, es darf also eine besondere Entschädigung gesprochen werden, auch wenn einer der angeführten Fälle nicht vorliegt, sofern nur „besondere Umstände“ vorhanden sind, welche die Extraentschädigung gerechtfertigt erscheinen lassen. Diese können nun entweder subjectiv in der grösseren oder geringeren Verschuldung dessen, der den Schaden verursacht hat, oder objectiv in der grösseren oder geringeren Verletzung gefunden werden. Umstände ersterer Art liegen hier nicht vor, wohl aber solche der letzteren; es ist hier hervorzuheben, daß bei den beiden Klägern in Folge des Unfalls ein Schädelbruch entstanden ist und daß, wie dieß aus dem Gutachten des Bezirksarztes hervorgeht, solche Verletzungen, die anscheinend vollständig geheilt sind, nach Ablauf von Jahren wieder schwere Krankheiten und den Tod nach sich ziehen können. Ein Mitverschulden der Kläger ist aber nicht nachgewiesen, ein solches könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn die Kläger die Dreschmaschine bei dem Beklagten bestellt und trotz der mangelhaften Beschaffenheit damit gedroschen hätten, allein die Kläger droschen nicht für sich, sondern waren von einem gewissen Gutknecht angestellt und es konnte ihnen also nichts daran liegen, ob die Arbeit jetzt oder erst nach erfolgter Reparatur vorgenommen werde. Durch die erwähnte Verletzung sind die Kläger in eine prekäre Lage versetzt, welche es rechtfertigt, abgesehen von dem erweislichen Schaden eine angemessene Geldsumme zuzusprechen, welche in Anbetracht der schweren Verletzung und des bei Steiner bereits stattgefundenen Rückfalles von der 1. Instanz nicht zu hoch aber auch nicht zu niedrig angesetzt worden ist, sodaß dem Steiner im Ganzen ein Betrag von Fr. 1700, dem Gutknecht ein solcher von 1100 gutzuheißen ist; mit ihrer weitergehenden Forderung dagegen sind sie abzuweisen und dieß hat zur Folge, daß sie einen

verhältnißmäßigen Theil der 2. instanzlichen Kosten zu tragen haben.

Schluss:

Die Appellation der beiden Parteien ist unbegründet und der Beklagte demnach schuldig zu bezahlen:

a) dem Ulrich Gutknecht Fr. 1100

b) dem Heinrich Steiner Fr. 1700

mit ihrer Mehrforderung sind die Kläger a[illegible] gewiesen. —

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Mai 1886. V. Band. № 8.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

des Schweizerischen Bundesgerichtes

vom 5. März 1886

in Sachen

Titus Dürr, Sohn in Zürich, Klägers, Widerbeklagten und Rekurrenten

gegen

Georg Rudolf Billeter, Zeughausstraße-Außersihl, Beklagten, Widerkläger und Rekursbeklagten

betr. Gesellschaft.

Wo sich Haupt- und Widerklage auf verschiedene, von einander unabhängige Ansprüche beziehen, ist die bundesgerichtliche Competenz nur begründet soweit der gesetzliche Streitwerth von 3000 Fr. *für jeden* der beiden Streitgegenstände gegeben ist.

Die Erklärung einer Partei, sie verzichte darauf, daß das Bundesgericht seinem Urtheile den von dem kantonalen Gerichte festgestellten Thatbestand zu Grunde lege (siehe Art. 30 Absatz 4 des Bundesrechtspflegegesetzes), ist ohne alle rechtliche Bedeutung, weil die gesetzliche Stellung des Bundesgerichtes als Oberinstanz in Civilsachen auf einem *staatsrechtlichen* Principe beruht, welchem durch den Parteiwillen nicht derogirt werden kann.

Die Klage auf Auflösung einer Gesellschaft gemäss Art. 547 des O.-R. kann niemals auf das eigene schuldhafte Handeln des Klägers beziehungsweise auf die dadurch herbeigeführte Störung des Verhältnisses der Gesellschafter unter einander gestützt werden. Einer derartigen Begründung des Auflösungsbegehrens steht die Einrede der Arglist entgegen.

Thatsächliches.

A. Die Parteien betrieben unter der Firma „Titus Dürr & Comp." in Zürich eine Samen-, Colonial- und Produktenhandlung. Die Dauer der (Kollektiv-)Gesellschaft ist durch Art. 11 des Gesellschaftsvertrages bis zum 1. Juli 1888 festgesetzt. Doch kann nach Art. 13 des Vertrages die Auflösung von jedem Gesellschafter verlangt werden, sobald sich dessen Einlagekapital durch Verluste bis zur Hälfte vermindert hat; es muß indeß in diesem Falle halbjährliche Kündigung auf 1. Juli erfolgen. Dem Kläger und Widerbeklagten Titus Dürr ist nach Art. 14 des Gesellschaftsvertrages das Recht eingeräumt, im Falle der Auflösung der Gesellschaft das Geschäft mit Aktiven und Passiven gestützt auf ein aufzunehmendes Inventar an sich zu ziehen. Für die Aus-

zahlung des allfällig dem Mitgesellschafter zukommenden Gewinnsaldos und der Capitaleinlage ist nach Art. 15 des Vertrages gegenseitig eine sechsmonatliche Frist vom Tage der Auflösung an gewährt, innerhalb welcher die Betreffnisse zu 5 % zu verzinsen und sicher zu stellen sind.

B. Der Kläger belangte den Beklagten vor dem Handelsgericht Zürich auf Rückerstattung eines Betrages von Fr. 2512. 55 Cts. nebst Zins an die Firmakasse, mit der Behauptung: Beklagter sei am 9. Januar 1885 infolge von Mehrbezügen aus der Gesellschaftskasse Schuldner der Gesellschaft im Betrage von 2500 Fr. gewesen; um, wie vereinbart gewesen sei, diese Schuld zu tilgen, habe er damals auf seinen Namen einen Eigenwechsel über genannten Betrag ausgestellt und den durch Diskontirung desselben erzielten Erlös zu Bezahlung von Gesellschaftsschulden verwendet. Das Geld zur Einlösung dieses Wechsels und Bezahlung der Protestkosten habe sich nun aber Beklagter mißbräuchlicherweise dadurch verschafft, daß er einen neuen Eigenwechsel über 2512 Fr. 55 Cts. unter der Gesellschaftsfirma ausgestellt habe und dieser Wechsel sei bei Verfall vom Kläger aus Gesellschaftsmitteln bezahlt worden. Der Beklagte gibt zwar zu, daß er am 9. Januar 1885 Schuldner der Gesellschaft gewesen sei, bestreitet aber, daß diese Schuld 2500 Fr. betragen habe und daß seine, durch den Eigenwechsel vom 9. Januar vermittelte Einzahlung damit irgendwie im Zusammenhange gestanden habe. Diese Einzahlung sei vielmehr als Vorschuß an das Geschäft erfolgt.

C. Widerklagsweise verlangte dagegen der Beklagte sofortige Auflösung des Gesellschaftsvertrages gestützt auf Art. 547 des O.-R. und eventuell auf Art. 13 des Gesellschaftsvertrages.

D. Durch Urtheil vom 27. November 1885 *(siehe Nr. 1 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang p. 10 und folgende)* wies das Handelsgericht die Hauptklage ab, erkannte dagegen in wesentlicher Gutheißung der Widerklage unter Anwendung des Art. 547 des O.-R. auf sofortige Auflösung der Gesellschaft.

E. Gegen dieses Urtheil erklärte der Kläger und Widerbeklagte Dürr die Weiterziehung an das Bundesgericht und es beantragt sein Anwalt bei der heutigen Verhandlung: daß die Klage gutgeheißen und demgemäß der Beklagte und Widerkläger schuldig erklärt werde, dem Kläger 2512 Fr. 55 Cts. nebst Zins à 6 % seit dem 29. April 1885 zu bezahlen und daß die Widerklage abgewiesen werde unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Der Anwalt des Beklagten und Widerklägers dagegen trägt auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des handelsgerichtlichen Urtheils unter Kosten- und Entschädigungsfolge an. In seiner Replik erklärt der Anwalt des Klägers und Widerbeklagten zu Protokoll, er verzichte auf das Recht, daß der erstinstanzliche Thatbestand die Urtheilsgrundlage bilde und sei damit einverstanden, daß das Gericht auch in thatsächlicher Beziehung frei entscheide.

Entscheidungsgründe:

1. In rechtlicher Prüfung der Beschwerde des Klägers und Widerbeklagten ist zunächst zu untersuchen, ob und inwieweit das Bundesgericht zu Beurtheilung derselben competent ist. Nun beziehen sich die Hauptklage und die Widerklage auf zwei verschiedene, von einander unabhängige Ansprüche; es muß daher, damit das Bundesgericht competent sei, für jeden dieser Streitgegenstände der gesetzliche Streitwerth von 3000 Fr. gegeben sein. Denn Art. 29 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege gestattet eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und Widerklage nicht. Demnach ist aber das Bundesgericht zu Beurtheilung der klägerischen Beschwerde, insoweit sich dieselbe auf die Hauptklage bezieht, nicht competent, denn der Gegenstand der Hauptklage erreicht den Werth von 3000 Fr. nicht. Dagegen ist das Bundesgericht zu Beurtheilung der Widerklage allerdings zuständig, denn es darf angenommen werden, daß in Betreff dieser der gesetzliche Streitwerth gegeben sei, da das Gegentheil vom Beklagten und Widerkläger nicht behauptet worden ist und sich auch aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür ergeben.

2. Ist somit auf die Beschwerde des Klägers und Widerbeklagten, insoweit diese sich

auf die Widerklage bezieht, einzutreten, so ist selbstverständlich, daß das Bundesgericht gemäß Art. 30 Abs. 4 des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen hat. Die Erklärung des klägerischen Anwaltes, daß er hierauf verzichte, ist ohne alle rechtliche Bedeutung. Denn die gesetzliche Stellung des Bundesgerichtes als Oberinstanz in Civilsachen beruht auf einem staatsrechtlichen Prinzipe, welchem durch den Parteiwillen nicht derogirt werden kann. Zu untersuchen ist ferner einzig, ob der Widerkläger berechtigt sei, die sofortige Auflösung der Gesellschaft aus „wichtigen Gründen“ gemäß Art. 547 des O.-R. zu verlangen. Daß der Beklagte und Widerkläger zur Kündigung gemäß Art. 13 u. ff. des Gesellschaftsvertrages berechtigt sei, ist vom Kläger anerkannt worden und es könnte übrigens, auch wenn dies bestritten wäre, darüber nach der Entscheidung der Vorinstanz aus prozeßualen Gründen im gegenwärtigen Verfahren nicht verhandelt werden.

3. Als „wichtigen Grund“, welcher ihn zum Verlangen sofortiger Auflösung der Gesellschaft berechtige, hat der Widerkläger die vollständige Zerrüttung des Verhältnisses zwischen den Gesellschaftern, welche ein ferneres Zusammenwirken derselben unmöglich mache, geltend gemacht. Der Widerbeklagte wendet hiegegen ein, daß der Widerkläger die allerdings vorhandene Zerrüttung des Verhältnisses zwischen den Gesellschaftern selbst und allein verschuldet habe und daß nun Niemand aus vertragswidrigem Verhalten ein Recht herleiten könne. Die Vorinstanz erkennt (vergl. Erwägung 4 und 8 ihres Urtheils) an, daß die Schuld an der Zerrüttung der Gesellschaft wesentlich den Widerkläger treffe; wenn sie nichtsdestoweniger der Hauptsache nach zu Gutheißung der Widerklage gelangt, so geht sie dabei von dem Grundsatze aus: nach Art. 547 des O.-R. begründe die Thatsache einer tiefen Zerrüttung des Einvernehmens zwischen den Gesellschaftern auch für denjenigen Gesellschafter, welcher hauptsächlich die Schuld an den die Zerrüttung herbeiführenden Thatsachen trage und bei Widerspruch des anderen Gesellschafters einen Anspruch auf sofortige Auflösung des Gesellschaftsvertrages. Für diese Auslegung spreche der allgemeine Wortlaut des Gesetzes, welcher ohne Weiteres darauf abstelle, ob „wichtige Gründe“ zur Vertragsaufhebung vorhanden seien; wenn man lediglich der Wichtigkeit eines Grundes, an sich betrachtet, entscheidendes Gewicht beilege, so trete die Ursache des diesen Grund bildenden Verhältnisses durchaus zurück und es sei anzunehmen, daß das Gesetz dieselbe als gleichgültig betrachte. Diese Auffassung entbehre auch keineswegs der innern Begründung. Der Gesellschaftsvertrag beruhe unbedingt auf gegenseitiger Treue und gutem Glauben in der Gesinnung und den Handlungen der Gesellschafter. Seien diese verloren gegangen, so sei ein Zusammenwirken der Gesellschafter nicht mehr möglich, der Vertrag innerlich gebrochen und unter diesen Umständen die Zulässigkeit auch der rechtlichen Aufhebung natürlich und vernünftig; die Aufrechthaltung einer Gesellschaft, welche offenbar thatsächlich nicht mehr gedeihen könne, durch rechtlichen Zwang erscheine auch vom kaufmännischen Standpunkte aus vollends als unrichtig. Unterstützend spreche für diese Auffassung eine Vergleichung des Art. 547 des O.-R. mit Art. 1871 des französischen Code civil, welch' letzterer, in Abweichung von Art. 547 des O.-R., eine wesentliche Verletzung der Gesellschaftspflicht nur dann als Auflösungsgrund erkläre, wenn sie in der Person des anderen Gesellschafters vorgekommen sei; ebenso der Umstand, daß der in frühern Entwürfen des Obligationen-Rechtes enthaltene Zusatz, daß bei Gesellschaften von mehr als zwei Antheilhabern die übrigen Gesellschafter auch bloß auf Ausschließung des schuldigen Gesellschafters klagen können, später weggelassen worden sei. Eine andere Frage sei es, ob nicht das unrechtmäßige Handeln des einen Gesellschafters für diesen eine Schadenersatzpflicht begründe, was den Vortheil, den er durch die Vertragsaufhebung erreiche, wieder aufhebe; dies sei aber gegenwärtig nicht im Streit.

4. Diese Auffassung der Vorinstanz kann nicht als richtig anerkannt werden. Wenn Art. 547 des O.-R. vorschreibt, daß aus „wich-

tigen Gründen“ die Auflösung der Gesellschaft auch vor Ablauf der Vertragsdauer verlangt werden könne, so läßt dieser Rechtssatz freilich dem Ermessen des Richters, welcher darüber zu entscheiden hat, ob ein geltend gemachter Auflösungsgrund ein „wichtiger“ sei, einen weiten Spielraum. Allein das ist jedenfalls festzuhalten, daß kein Gesellschafter als Auflösungsgrund sein eigenes schuldhaftes Handeln bezw. die dadurch herbeigeführte Störung des Verhältnisses der Gesellschafter unter einander geltend machen kann; einer hierauf gestützten Klage steht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Einrede der Arglist (exceptio doli) entgegen. Das Gegentheil annehmen, hieße nichts Anderes, als es jedem Gesellschafter freistellen, durch eigene willkürliche Handlungen den Gesellschaftsvertrag vor Ablauf der Vertragsdauer zu jedem ihm beliebigen Zeitpunkte aufzulösen und dadurch unter Umständen seinen Mitgesellschaftern einen Schaden zuzufügen, wofür eine etwaige Schadensersatzpflicht vielleicht nur ein ungenügendes Aequivalent darböte. Eine solche Befugniß, den Vertrag durch willkürliche Handlungen beliebig aufzulösen, steht aber wie mit den allgemeinen Grundsätzen des Gesetzes über die Verbindlichkeit der Verträge, so auch mit den besondern Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag im Widerspruch. Denn das ist jedenfalls klar, daß das Gesetz auch beim Gesellschaftsvertrag den Paziszenten in keiner Weise gestattet, den geschlossenen Vertrag einseitig nach Willkür zu lösen. Die von der Vorinstanz angerufene Natur des Gesellschaftsvertrages als eines auf gegenseitiges persönliches Vertrauen gestellten Verhältnisses ändert hieran nichts. So lange durch die Verfehlungen eines Gesellschafters das Vertrauen der übrigen Gesellschafter in denselben nicht derart erschüttert worden ist, daß sie ihrerseits die sofortige Auflösung der Gesellschaft der Fortsetzung derselben vorziehen, so lange kann gewiß auch der Fehlbare die Auflösung der Gesellschaft nicht verlangen. In diesem Sinne ist denn auch der mit Art. 547 des O.-R. im Wesentlichen übereinstimmende Art. 125 des deutschen H. G.-B. durchgängig ausgelegt worden (vergl. v. Hahn, Comm. I, 3. Aufl., S. 485; Hastig in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes I, S. 456; Keißner, Commentar, Note 1 ad Art. 125, S. 115). Wenn die Vorinstanz sich speziell noch darauf beruft, daß die in den Entwürfen des O.-R. vorgesehene Klage auf Ausschluß eines fehlbaren Gesellschafters in das Gesetz nicht aufgenommen worden sei, so beruht dies auf thatsächlichem Irrthum. Die betreffende Bestimmung der Entwürfe ist in der That nicht beseitigt, sondern, allerdings nicht für die einfache, wohl aber für die Collectivgesellschaft — und um eine solche handelt es sich hier —, in Art. 567 des O.-R. aufgenommen worden. Ebensowenig beweist der Hinweis auf die Verschiedenheit der Redaktion zwischen Art. 547 des O.-R. und 1871 des französischen Code civil. In Wahrheit besteht zwischen diesen beiden Gesetzen eine wesentliche sachliche Verschiedenheit nicht; denn auch Art. 1871 C. C. gestattet ja grundsätzlich eine vorzeitige Auflösung der Gesellschaft allemal dann, wenn nach richterlichem Ermessen ein juste motif hiefür vorhanden ist; die angeführten einzelnen Thatbestände sind nur exemplifikativ und keineswegs limitativ.

5. Demnach hängt die Entscheidung davon ab, ob die Störung des Verhältnisses zwischen den Gesellschaftern wesentlich durch die Schuld des Widerklägers herbeigeführt worden ist. Dies ist aber in Uebereinstimmung mit der Vorinstanz auf Grund des von derselben festgestellten Thatbestandes zu bejahen. Insbesondere fällt hiefür die Thatsache in Betracht, daß der Widerkläger die Pacht des für die Gesellschaft zu Geschäftszwecken gepachteten Gartens der Erben Billeter an seinen Bruder übertragen hat; hierin lag, da dieser Akt den klaren Interessen der Gesellschaft zuwiderlief, ein offenbarer Mißbrauch der Firmaunterschrift. Ist aber die Schuld an der Zerrüttung der Gesellschaft wesentlich dem Widerkläger beizumessen, so muß die Widerklage nach den Erw. 5 aufgestellten Grundsätzen abgewiesen werden.

Schluss:

Auf die Weiterziehung des Klägers und Widerbeklagten wird, insoweit sie sich auf die Hauptklage bezieht, wegen Incompetenz des Gerichtes nicht eingetreten. Dagegen wird dieselbe rücksichtlich der Widerklage als be-

gründet erklärt und es wird mithin das angefochtene Urtheil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 27. November 1885 dahin abgeändert, daß die Widerklage abgewiesen wird.

Anmerkung. Es bleibt uns noch zu konstatiren übrig, daß mit diesem Urtheil auch der handelsgerichtliche Entscheid in Sachen Rubly ca. Achtnich (siehe Nr. 8 dieser Blätter vom 1. Mai 1885) jede präjudicielle Bedeutung verloren hat.

Auszüge
aus einem Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 26. Februar 1886
in Sachen
Gebrüder Morf contra *Keller-Merz.*

I.

In dem zwischen den oben genannten Parteien pendent gewesenen Rechnungsstreit forderte der Beklagte, welcher s. Z. von den Klägern als Provisionsreisender engagirt worden war, unter Anderem auch Provision auf Geschäftsabschlüssen, die er nicht selbst vermittelt hatte, mit der Begründung, daß er die betreffenden Kunden immerhin dem klägerischen Geschäfte zugeführt habe. Der Anspruch wurde indessen mit folgender Begründung abgewiesen:

Was die Facturabeträge auf Wölber & Etter betrifft, so ist der vom Beklagten berechnete Provisionsanspruch deßwegen unbegründet, weil er selbst nicht behauptet, die fraglichen Bestellungen aufgenommen und den Klägern übermittelt zu haben, sondern seinen Anspruch nur daraus ableitet, daß er durch Aufnahme früherer Bestellungen bei diesen Kunden dieselben auf das klägerische Geschäft aufmerksam gemacht, demselben gleichsam zugeführt habe, diese Begründung aber nicht geeignet ist, den erhobenen Anspruch als einen haltbaren erscheinen zu lassen. Die Kläger machen nämlich geltend, daß dem Beklagten nur auf den von ihm selbst aufgenommenen und übermittelten Bestellungen eine Provision zugesichert worden sei und das ist auch das einzig Natürliche. Dem Letztern wäre deßhalb obgelegen, den Beweis dafür zu erbringen, daß das Provisionsversprechen weiter gegangen d. h. auf alle Bestellungen von Kunden ausgedehnt worden sei, die durch seine Vermittlung dem klägerischen Geschäfte bekannt geworden sind, gleichviel, ob die einzelnen Geschäftsabschlüsse durch die Kläger selbst oder ihren Provisionsreisenden veranlaßt und effectuirt worden seien. An diesem Beweise mangelt es aber gänzlich und es ist auch mit keinem Worte gesagt worden, daß und namentlich wie derselbe geleistet werden könnte. Es besteht kein bestimmter Usus, wonach der für ein gewisses Gebiet engagirte Provisionsreisende auch für die directen aus diesem Gebiet eingehenden Aufträge Provision zu beanspruchen hätte. Vielmehr kommt das Eine wie das Andere vor und ist eben deßhalb einfach die jeweilige Vereinbarung maßgebend.

II.

Provisionsanspruch für nicht ausgeführte Bestellungen.

Der Beklagte Keller-Merz verlangte weiter eine Provision von 10 % auf der Summe von 2204 Fr. als Betrag von Bestellungen, die er den Klägern aufgegeben, bezüglich welcher er aber keinen Bericht empfangen habe, ob sie zur Ausführung gelangt seien oder nicht. Die Kläger bestritten die Schuldpflicht, weil die in Frage kommenden Bestellungen nicht ausgeführt worden seien. Das Gericht nahm an, daß zwar die Thatsache der Nichtausführung einer ordnungsgemäß aufgenommenen Bestellung *im Allgemeinen* durchaus nicht geeignet sei, den Provisionsanspruch als nicht zur Entstehung gelangt zu betrachten, in concreto aber die Bestellungsausführung deßwegen als Voraussetzung für die Entstehung des Anspruches betrachtet werden müsse, weil diese Auffassung als die vertraglich gewollte angesehen werden müsse.

Es kann nicht zugegeben werden, daß der Verkaufsagent die verabredete Provision nur für das zur Ausführung gekommene Geschäft fordern könne, wenn dies nicht ausdrücklich

oder stillschweigend so vereinbart worden ist. Als das Regelmäßige und Gewöhnliche ist es vielmehr anzusehen, daß die Provision mit dem Momente verdient ist, in welchem der Verkauf zum perfecten Abschluß gelangt und die Mittheilung davon dem Auftraggeber des Agenten zugekommen ist, zumal der letztere damit seine Obliegenheiten vollständig erfüllt hat und diese Thatsache gewiß zunächst zu dem Schlusse führen muß, daß er auch den Anspruch auf die Gegenleistung erworben habe. Der Umstand, daß das Interesse des Verkäufers an der Bestellung gerade und nur in deren Vollziehung liegt, ist durchaus nicht geeignet, die letztere ohne Weiteres als eine stillschweigend angenommene Voraussetzung für den Provisionsanspruch erscheinen zu lassen, weil ja der Verkäufer die Ausführung des ordnungsgemäß abgeschlossenen Geschäftes und damit die Realisirung des darin liegenden Nutzens ganz in seiner Hand hat, denn sobald er vertragsgemäß erfüllen will, so muß der Käufer annehmen und zahlen resp. er kann von ihm dazu gezwungen werden, erfüllt der Verkäufer aber nicht vertragsgemäß und geht das Geschäft deßwegen nicht in Ordnung, so liegt der Grund in seinem eigenen Verschulden und ist nicht einzusehen, wieso die Vertragsmeinung dahin gegangen sein könnte, daß er sogar dann von der Pflicht zur Provisionszahlung befreit sein soll. Nun haben aber die Kläger sowohl in der Klag- als in der Replikschrift behauptet, die vertragliche Vereinbarung zwischen den Litiganten sei ausdrücklich dahin getroffen worden, daß der Beklagte die Provision nur von den zur Ausführung gelangten Bestellungen zu beziehen habe, diese Behauptung aber ist von dem letztern nirgends bestritten worden und muß deßhalb gemäß § 334 des Rechtspflegegesetzes als anerkannt betrachtet werden. Für die Richtigkeit derselben spricht übrigens das Zugeständniß des Beklagten, daß die Provision wenigstens insoweit wegfalle bezw. wieder zurückerstattet werden müsse, als die Kaufpreisguthaben unerhältlich seien, denn diese Einigung deutet ganz entschieden auf den Gedanken hin, daß die Kläger überhaupt nur dann und nur insoweit zur Provisionsleistung verpflichtet sein sollen, als das betreffende Geschäft zur beidseitigen Erfüllung gelange. Ferner ist zu verweisen auf den Umstand, daß der Beklagte seinen Provisionsanspruch auf der Bestellung des O. Schicker, Wirth in Baar, in der Replikschrift mit der Begründung fallen läßt, „weil die Informationen ungünstig lauten“, denn darin liegt die Zugabe, daß die Kläger überall da, wo berechtigte Zweifel über die Zahlungsfähigkeit eines Bestellers obwalten können, zur Ausführung des Geschäftes nicht verpflichtet seien und dannzumal auch keine Provision zahlen müssen, womit wieder ein Fall gegeben ist, in welchem der Anspruch auf die letztere von der Vollziehung des Geschäftes abhängig gemacht worden ist. Zu den ausgeführten Geschäften im Sinne der vertraglichen Vereinbarung gehören natürlich nur diejenigen, in denen die Lieferungen von Seite der Kläger stattgefunden haben und von den Empfängern behalten worden sind. Ist dagegen das Geschäft, wenn auch nach erfolgter Lieferung wieder aufgehoben worden, so kann in der Regel ebensowenig von einer vollzogenen Bestellung im Sinne der Vereinbarung gesprochen werden, wie wenn die Kläger gar nicht geliefert hätten. Davon ausgehend, daß dem Beklagten die Provision nur auf den zur Ausführung gelangten Geschäften versprochen worden ist, gehört zum Fundament jedes einzelnen Anspruches der Nachweis, daß die bestellte Lieferung ausgeführt und behalten worden sei. Der Lieferungsausführung *in diesem Sinne* ist indessen gleich zu achten diejenige Nichtausführung, welche ihren Grund lediglich in einem schuldhaften Verhalten der Kläger hat; denn es muß als ganz selbstverständlicher Vertragswille angesehen werden, daß letztere, wenn sie sich einmal entschlossen haben, einen Auftrag auszuführen und demgemäß die Ausführung vornehmen, dabei richtig, namentlich dem Inhalt des Vertrages entsprechend handeln, sich durch *vertragsgemässe* Ausführung den Erfüllungsanspruch gegenüber dem Käufer sichern, woraus folgt, daß wenn sie dies nicht thun und *desswegen* das Geschäft anullirt werden muß, die Pflicht zur Provisionszahlung dennoch besteht.

III.

Schadenersatzforderung aus vorzeitiger Auflösung des Dienstverhältnisses.

Am 14. Februar 1885 telegraphirten die Kläger dem Beklagten Keller-Merz: „Sie sind mit heute entlassen, besorgen Sie keine Geschäfte mehr für uns.“ Dieser telegraphirte zurück: „Entlassung verdanke bestens, verlange sofortige Abrechnung, was seit zwei Jahren nöthig ist.“ Damit war und blieb der Geschäftsverkehr der Parteien aufgehoben. Der Beklagte verlangte nun aber im Prozeß 2000 Fr. Entschädigung, weil ihm Kläger das Dienstverhältniß vorerst hätten künden sollen, niemals aber zu *plötzlicher* Entlassung berechtigt gewesen seien. Die Letztern bestritten indeß den Anspruch, weil der Beklagte die Entlassung angenommen habe und übrigens nicht Dienstvertrag, sondern jederzeit widerrufliches Mandat vorliege etc. Auch dieser Anspruch wurde verworfen.

Gründe:

Der Schadenersatzanspruch wegen plötzlicher Entlassung ist deßwegen unbegründet, weil, angenommen auch, das zwischen den Litiganten bestehende Rechtsverhältniß sei als Dienstmiethevertrag und nicht als bloßes Mandat aufzufassen, von einem einseitigen Vertragsrücktritt ab Seite der Kläger nicht gesprochen werden kann. Allerdings sind die Parteien nicht zusammengetreten und haben die Auflösung des zwischen ihnen bestandenen Rechtsverhältnisses vereinbart und ebensowenig liegt der Fall, wenigstens der Form nach so, daß die Kläger dem Beklagten diese Auflösung schriftlich offerirt und er diese Offerte acceptirt hat. Allein der Sache nach und das ist schließlich entscheidend, haben wir doch nichts Anderes vor uns als eine durch gegenseitige Willensübereinstimmung zu Stande gekommene Vertragsauflösung. Am 14. Februar 1885 telegraphirten nämlich die Kläger dem Beklagten: „Sie sind mit heute entlassen, besorgen Sie keine Geschäfte mehr für uns“, worauf der letztere umgehend und zwar ebenfalls telegraphisch antwortete: „Entlassung verdanke bestens. Verlange sofortige richtige Abrechnung, was seit zwei Jahren nöthig ist.“ Die Kläger haben also erklärt, sie wollen mit dem 14. Februar die Auflösung des bisher bestandenen Verhältnisses und der Beklagte hat darauf nicht etwa geantwortet, er brauche sich das nicht gefallen zu lassen, habe vielmehr Anspruch auf Beobachtung einer gewissen Kündigungsfrist und mache diese geltend oder verlange Schadenersatz wegen vorzeitiger Entlassung, sondern er verdankte die Entlassung bestens und verlangte dem entsprechend Abrechnung über die gegenseitigen Ansprüche aus dem bisher bestandenen, nunmehr aber mit Einwilligung beider Theile aufgehobenen Verhältniß, acceptirte also gewiß des Deutlichsten den von den Klägern mit der Entlassungserklärung ausgesprochenen, auf sofortige Vertragsauflösung gerichteten Willen. Wenn derselbe dann später dieses Vorgehen bereute und von Schadensersatzansprüchen sprach, so konnte dadurch natürlich Geschehenes nicht mehr ungeschehen gemacht werden und ist deßhalb das Beweisanerbieten für wiederholten Vorbehalt der Schadensersatzansprüche völlig unerheblich. Uebrigens wird es kaum Zufall sein, daß nicht gesagt wird, wann diese Ansprüche eigentlich zum ersten Mal erhoben worden seien. In den Briefen vom 12. und 19. Februar 1885 ist davon nichts zu finden, während in demjenigen vom 26. Februar einer „Entlassungsentschädigung“ erwähnt ist. Der Beklagte scheint in der Zwischenzeit darauf aufmerksam gemacht worden zu sein, daß er möglicherweise einen solchen Anspruch erheben könnte, allein er ist eben zu spät gekommen.

Bei dieser Sachlage braucht nicht auf die weitere Frage eingetreten zu werden, ob sich das Rechtsverhältniß, welches der dem Beklagten ertheilten Handlungsvollmacht zu Grunde liegt, als Dienstmiethe oder Mandat darstelle und ebensowenig ist es nöthig, eine Untersuchung *der* Frage vorzunehmen, ob die Kläger im Falle der Annahme eines Dienstvertrages einen Anspruch auf Auflösung wegen wichtigen Gründen gehabt hätten.

Vertragsschliessung durch Stellvertretung.

Aus dem Umstand, daß die Vertragsurkunde nicht den *thatsächlichen* Mitcontrahenten, sondern einen Dritten als Verpflichteten bezeichnet und auch den Namen *dieses Dritten* als Unterschrift trägt, muß zunächst der Schluß gezogen werden, daß jener beim Vertragsabschluß sich wirklich als Stellvertreter dieses Dritten zu erkennen gegeben habe. (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 9. März 1886).

Die Frau Ganz-Ringger, Inhaberin einer Bäckerei in Außersihl, wünschte im Herbste 1882 von Müller-Volkart, Müller in Greifensee Mehl zu beziehen, weil sich dieser aber nur gegen Sicherstellung seines jeweiligen Guthabens auf einen bezüglichen Verkehr einlassen wollte, erschien sie am 2. September 1882 mit dem Albert Wettstein, Sohn des *Rudolf* Wettstein, Schuhhandlung, Münstergasse Nr. 15 Zürich bei demselben in Greifensee und es stellte Müller-Volkart bei diesem Anlasse folgende Schuldurkunde aus, die von *Albert* Wettstein mit **R.** Wettstein, Münstergasse 15 unterzeichnet wurde:

„Der Unterzeichnete **Rudolf** *Wettstein*, „*Schuhhandlung an der Münstergasse 15* „*Zürich*, verpflichtet sich hiemit, für einen „Betrag von 1000 Fr. dem F. Müller-Volkart „zu Greifensee einzustehen, insofern letzterer „in diesem Betrage an Frau Ganz-Ringger „Waaren liefert, somit in der Meinung, daß „wenn von Frau Ganz dieser Betrag laut je„weiliger Rechnung nicht erhältlich wäre, „Wettstein als Zahler sich verpflichten würde.“

Auf diese Verpflichtungsurkunde hin lieferte nun Müller-Volkart der Frau Ganz das für ihre Bäckerei erforderliche Mehl. Im April 1883 scheint sein Guthaben die verbürgten 1000 Fr. erreicht zu haben, weßhalb er eine weitere Bestellung nicht ausführen wollte. Am 21. April 1883 erhielt er dann aber einen mit **R.** Wettstein unterzeichneten, jedoch wieder vom Sohne *Albert* Wettstein geschriebenen und unterschriebenen Brief folgenden Inhalts:

„Da mir Bäcker Ganz (Ehemann der Ge„schäftsinhaberin) gestern mittheilte, daß er „Sie um einen größern Credit von 300 Fr. „angesprochen habe, daß Sie aber nur darauf „eingehen können mit meiner Zustimmung „und da mir nun Ganz ganz bestimmt ver„sprochen hat, Ihnen am 3. oder 4. Mai eine „größere Zahlung zu machen, so möchte Sie „mit Gegenwärtigem höflich ersuchen, wenn „Sie Waare nach hier schicken, dem Ganz „das Ihnen Bestellte zukommen zu lassen. „Möchte Sie noch ersuchen, auf der Rechnung „zu bemerken, daß Sie auf obige Zeit ganz „bestimmt eine größere Zahlung erwarten. „Ich glaube, daß er jetzt nachkommen kann, „indem es ihm ziemlich gut geht.“

Nunmehr wurde die Bestellung ausgeführt und der Verkehr ging weiter in der Weise fort, daß periodische Abschlagszahlungen geleistet wurden und diesen jeweilen neue Lieferungen folgten.

Am 14. Februar 1884 gerieth *Rudolf* Wettstein, Schuhhandlung, Münstergasse 15 Zürich in Konkurs und es betrieb dann dessen Sohn, Albert Wettstein vom März 1884 an den Schuhhandel im nämlichen Local auf eigenen Namen und eigene Rechnung weiter. Beim Concursausbruch hatte Müller-Volkart an Frau Ganz aus Mehllieferungen 1610 Fr. zu gut, er meldete aber keine Forderung an und unterbrach auch den Verkehr nicht, dieser wurde vielmehr fortgesetzt bis 28. April 1884, an welchem Tage die letzte Mehllieferung effectuirt wurde, am 6. Mai leistete Frau Ganz die letzte Abschlagszahlung mit 125 Fr. und es blieb ein Saldoguthaben zu Gunsten des Müller-Volkart im Betrage von 1491 Fr. Dafür betrieb der Gläubiger seine Schuldnerin bis zum Concurs, jedoch ohne Erfolg und wandte sich dann an den *Albert* Wettstein, den neuen Inhaber des Schuhgeschäftes an der Münstergasse Nr. 15 Zürich, allein dieser bestritt jede Schuldpflicht, weil nicht er, sondern sein Vater, *Rudolf Wettstein*, Mitcontrahent des Ansprechers aus dem Schuldschein vom 2. September 1882 und dem Brief vom 21. April 1883 sei. Nun kam es zum Prozeß und in diesem begründete der Kläger seine auf Bezahlung von 1300 Fr. gerichtete Klage einfach damit, daß der Beklagte und *nicht* sein Vater am 2. September 1882 mit ihm contrahirt und auch den Brief vom 21. April 1883 geschrieben habe.

Daß derselbe Albert und nicht Rudolf heiße, sei ihm durchaus unbekannt gewesen und eben so wenig habe er gewußt, daß das Schuhgeschäft nicht ihm gehöre. Der Beklagte habe sich durchaus persönlich als Bürge vorgestellt und nichts davon gesagt, daß er für seinen Vater handle, und eine Vollmacht, den Letztern zu verpflichten, sei ihm denn auch nie ertheilt worden. Beweis für diese Darstellung wurde nicht anerboten. Der Beklagte dagegen behauptete, sein Vater, der Geschäftsinhaber, sei von Frau Ganz um Bürgschaftsleistung ersucht worden und er habe lediglich als dessen Stellvertreter den Bürgschaftsvertrag mit dem Kläger thatsächlich geschlossen und sich dabei auch ganz deutlich als solcher zu erkennen gegeben, übrigens wolle er beweisen, daß Kläger die Verhältnisse in Folge vielfachen Verkehrs mit seinem Vater genau gekannt und von vornherein gewußt habe, daß es sich um eine Verpflichtung des *letztern* handle, ihm hätte der Kläger keinen Rappen creditirt.

Die erste Instanz hiess die Klage gut, **die zweite dagegen wies dieselbe ab** und zwar

aus folgenden Gründen:

1. Der Kläger leitet seinen Forderungsanspruch aus dem Gutschein vom 2. September 1882 und dem Brief vom 21. April 1883, beziehungsweise daraus ab, daß:

a) der aus diesen Urkunden Verpflichtete der Beklagte sei;

b) die in den Urkunden niedergelegte Verpflichtung dahin gehe, ihm, dem Kläger subsidiär zu haften für eine jeweilige Forderung an Frau Ganz in Außersihl für gemachte Mehllieferungen bis auf den Betrag von 1300 Fr.;

c) er aus solchen Mehllieferungen bis am 6. Mai 1884 eine Forderung im Gesammtbetrage von 1491 Fr. erworben habe, — und

d) die subsidiäre Haftpflicht des aus den Urkunden Verpflichteten wirksam geworden sei, weil die Zahlungsunfähigkeit der Hauptschuldnerin angesichts ihrer erfolglosen Betreibung bis zum Concurs zur Genüge feststehe.

2. Der Beklagte bestreitet nicht, daß die beiden Urkunden den genannten, vom Kläger behaupteten Inhalt haben, dem Letztern aus Mehllieferungen an die Frau Ganz eine Forderung von 1491 Fr. zustehe und die Voraussetzungen, unter denen er bezüglich eines Betrages von 1300 Fr. den aus jenen Urkunden Verpflichteten belangen könne, vorhanden seien; daraus aber folgt, daß die Klage gutgeheißen werden muß, sofern der Beklagte jener Verpflichtete ist, dies wird nun aber von ihm in Abrede gestellt und behauptet, daß nur sein Vater aus jenen Urkunden belangt werden könne, weßhalb zu untersuchen ist, was sich diesfalls aus den Akten ergibt.

3. Was zunächst die Person des Verpflichteten aus dem Schuldschein vom 2. September 1882 anbelangt, so bezeichnet dieser als solche den *Rudolf* Wettstein, Schuhhandlung an der Münstergasse 15 Zürich und trägt demgemäß auch die Unterschrift: **R.** Wettstein, Münstergasse 15; *Rudolf* Wettstein ist aber unbestrittenermaßen nicht der Name des Beklagten, sondern derjenige seines Vaters und ebenso steht fest, daß der *Letztere* am 2. September 1882 Inhaber der Schuhhandlung an der Münstergasse 15 Zürich war, unter diesen Umständen aber kann kein Zweifel darüber bestehen, daß dieser Schuldschein, aus welchem die Klage zum größten Theil abgeleitet wird, nicht den Beklagten, sondern dessen Vater als Verpflichteten nennt, gewiß aber ist für die Frage, wer der aus einer Schuldurkunde Verpflichtete sei, zunächst deren Inhalt und zwar naturgemäß für so lange maßgebend, als der Berechtigte nicht beweist, daß etwas Anderes gewollt und vereinbart worden sei.

4. Der Kläger verweist nun dafür, daß dennoch der Beklagte habe verpflichtet werden wollen, auf die unbestrittene Thatsache, daß dieser und nicht sein Vater am 2. September 1882 in Greifensee gewesen sei, die Vereinbarung nach Inhalt der Urkunde mit ihm getroffen und letztere unterzeichnet habe. Allein dieser Umstand genügt nicht, um die gezogene Schlußfolgerung zu rechtfertigen. Hätte der Beklagte nicht nur thatsächlicher, sondern auch rechtlicher Mitcontrahent des Klägers sein, sich also persönlich verpflichten wollen,

so wäre natürlich auch seine Person und nicht diejenige des Vaters in der Verpflichtungsurkunde genannt und diese mit *seinem* Namen und nicht mit demjenigen des Vaters unterzeichnet worden. Daß demnach der Letztere als Verpflichteter genannt und mit seinem Namen unterzeichnet wurde, beweist, daß der Beklagte nur thatsächlich contrahirte, d. h. den Vertrag zwar *factisch* schloß, aber rechtlich nicht für sich, sondern für seinen Vater. Die Beweiskraft der Urkunde bezüglich ihres Inhaltes über die Person des Verpflichteten äussert sich bei Berücksichtigung des Umstandes, daß der Beklagte thatsächlicher Vertragscontrahent war, eben darin, daß aus der Bezeichnung des Vaters als rechtlichen Mitcontrahenten darauf geschlossen werden muß, es habe sich der Beklagte beim Vertragsabschluß in einer für den Kläger erkennbaren Weise als dessen Stellvertreter benommen, bezw. es sei diese seine Eigenschaft aus den Umständen für den Kläger in genügender Weise ersichtlich gewesen. Die Folge dieser Ausführungen ist die, daß wenn der Kläger, dieser aus dem Inhalt der Schuldurkunde abzuleitenden Schlußfolgerung entgegen behauptet, es seien ihm keinerlei Umstände bekannt gewesen, welche auf ein Stellvertretungsverhältniß hingedeutet hätten und der Beklagte habe ein solches auch überall nicht angedeutet, sondern sich fälschlicherweise als *Rudolf* Wettstein und als Inhaber der Schuhhandlung, Münstergasse 15 Zürich ausgegeben, er dafür beweispflichtig ist und zwar um so mehr als die Sache in der That so liegt, daß entweder das Stellvertretungsverhältniß zum Ausdruck gekommen sein muß, oder dann der Beklagte doloser- und betrügerischer Weise sich für eine andere Person ausgegeben hat, das Letztere aber gewiß nicht vermuthet werden darf, sondern von dem, der es behauptet, bewiesen werden muß. Einen solchen Beweis hat nun aber der Kläger erstinstanzlich nicht anerboten und es liegt somit auch keine Veranlassung vor, auf die vom Beklagten dafür angerufenen Beweissätze einzutreten, daß Kläger sowohl Vater als Sohn Wettstein schon vor dem 2. September 1882 gekannt und namentlich gewußt habe, daß *Ersterer* der Inhaber des Schuhgeschäftes sei, für welchen die Bürgschaft eingegangen werden solle, denn wo es an einem Hauptbeweis fehlt, kommt der Gegenbeweis natürlich nicht in Frage. Wenn erstinstanzlich angedeutet worden ist, der Wille des Klägers, den Beklagten persönlich zu verpflichten, ergebe sich namentlich daraus, daß er der Frau Ganz auch nach dem Conkursausbruch über Vater Wettstein noch Mehl geliefert habe, so kann nicht anerkannt werden, daß diese allerdings aktengemäße Thatsache irgendwie im geltend gemachten Sinne schlüssig sei. Der klägerische Vertreter hat heute ausdrücklich erklärt, daß sein Client erst *nach erfolgter Durchführung* des Concurses von demselben Kenntniß erhalten habe, ist dem aber so, so kann die Concurseröffnung keinerlei Einfluß auf die Entschließungen betr. Weiterlieferung von Mehl ausgeübt haben. Abgesehen davon, wäre dies aber auch nur dann möglich, wenn der Kläger nach erfolgtem Concursausbruch über den Vater Wettstein Erkundigungen eingezogen und dabei erfahren hätte, daß dieser mit der am 2. September 1882 bei ihm gewesenen Person nicht identisch, diese vielmehr der Beklagte Albert Wettstein gewesen sei, denn ohne dies mußte er die Identität annehmen, weil seine Verpflichtungsscheine dieselbe documentirten, dafür aber, daß er solche Erkundigungen eingezogen habe, liegt nichts vor und ist übrigens eine bezügliche Behauptung auch nie aufgestellt worden.

5. Ist nach dem Gesagten davon auszugehen, daß sich der Beklagte bei Abschluß der in der Schuldurkunde vom 2. September 1882 niedergelegten Vereinbarung als Stellvertreter seines Vaters zu erkennen gegeben habe, so kann natürlich keine Rede davon sein, daß er persönlich verpflichtet worden sei und fällt somit der Titel des Vertrages, aus dem die Forderung bis auf 1000 Fr. abgeleitet wird, dahin. Der Verpflichtete aus dem Vertrage ist der Vater Wettstein, sofern sein Sohn bevollmächtigt war, für ihn zu handeln, hatte er aber keine Vollmacht, so ist eine Verpflichtung überhaupt nicht existent geworden, dagegen haftet dannzumal der Beklagte für den Schaden, welcher dem Kläger aus der Nichtanerkennung des Vertrages ab Seite des Vaters Wettstein erwachsen ist (§ 954

des Pr. G.-B.). Nun ist aber die Klage eventuell nicht auf diesen Titel gestützt worden und sie hätte auch deßwegen nicht gutgeheißen werden können, weil der Kläger gar nicht behauptet, geschweige denn bewiesen hat, daß der Vertretene, Vater Wettstein die Verpflichtung aus der Urkunde vom 2. September 1882 nicht anerkenne, währenddem diese Nichtanerkennung natürlich eine unerläßliche Voraussetzung für den bezüglichen Schadensersatzanspruch wäre. Daß ferner bei der entwickelten Auffassung von einer Schadensersatzpflicht aus Delict Mangels des erforderlichen Fundamentes keine Rede sein kann, bedarf keiner weitern Begründung und ebenso entheben die bisherigen Ausführungen den Richter von der Untersuchung der Frage, ob die thatsächliche Richtigkeit der klägerischen Darstellung vorausgesetzt, der Beklagte aus Vertrag oder aber aus Delict für die Klagesumme von 1000 Fr. einstehen müßte.

6. Da dem Kläger nach dem Gesagten für den Forderungsbetrag von 1000 Fr. ein Rechtstitel nicht zu Gebote steht, so ist er mit diesem Anspruch abzuweisen. Die Klage kann aber auch mit Bezug auf die weitern 300 Fr. nicht gutgeheißen werden. Zwar hat der Beklagte den Brief act Nr. 8 vom 21. April 1883, aus welchem seine Schuldpflicht abgeleitet wird, allerdings geschrieben, allein er unterzeichnete denselben nicht mit seinem, sondern dem Namen des Vaters, woraus geschlossen werden muß, daß er für diesen geschrieben hat und somit auch ihn und nicht sich selbst verpflichten wollte. Anderseits konnte der Kläger die im Briefe liegende Verpflichtung nur von demjenigen entgegennehmen wollen, dessen Name dem Brief als Unterschrift beigesetzt war und dieses ist der Vater und nicht der Sohn Wettstein. Auch hier liegt demnach die Sache so, daß zwischen den Litiganten ein Vertrag nicht geschlossen wurde, sondern sich nur fragen könnte, ob ein solcher zwischen dem Kläger und Vater Wettstein zu Stande gekommen sei, diese Frage aber wäre nur dann von Bedeutung, wenn der Kläger eventuell das Nichtzustandekommen eines derartigen Vertrages Mangels einer von Vater Wettstein seinem Sohne ertheilten Vollmacht behauptet und im Zusammenhange damit seine Forderung aus dem Art. 48 des O.-R. abgeleitet hätte. Dies ist indeß nicht geschehen und namentlich auch nicht behauptet worden, daß Vater Wettstein die Genehmigung des Vertrages abgelehnt habe, was erforderlich gewesen wäre, um die Haftpflicht des Beklagten aus dem genannten Art. 48 abzuleiten. Die Klage muß somit auch bezüglich dieser weitern 300 Fr. und folglich im ganzen Umfange abgewiesen werden, was die Auflage der Kosten nebst Entschädigung an den Kläger zur Folge hat.

Anfechtung eines Schuldversprechens,

das einem Bestohlenen gegen Zusicherung des Klagerückzuges gegeben wurde, weil dieser Rückzug die Niederschlagung der Strafuntersuchung nicht bewirkt habe (Art. 17 des O.-R., Einrede der nicht erfüllten Bedingung und des Irrthums etc.) (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 13. März 1886).

Der Inhaber eines Spezereiladens machte die Beobachtung, daß ihm fortwährend Spezereien aus seinem Laden entwendet werden. Um dem Thäter auf die Spur zu kommen, verbarg er sich in der Nacht vom 7. auf den 8. Februar 1885 in den Ladenräumlichkeiten und ertappte dann zwischen 12 und 1 Uhr die Ehefrau seines Vermiethers, als sie den Laden betreten wollte, um sich gewisse Spezereien rechtswidrig anzueignen. Auf den Rapport des herbeigerufenen Polizisten und die Denunciation des Bestohlenen hin erfolgte die Einleitung einer Strafuntersuchung und am Abend des 9. Februar 6¼ Uhr wurde die genannte Weibsperson als eines längere Zeit hindurch fortgesetzten Diebstahls dringend verdächtig, verhaftet. Nunmehr verfügte sich deren Ehemann zum Denuncianten, um, wie er sich ausdrückt, die Sache gütlich mit ihm abzumachen. Eine Einigung war indeß an jenem Abend nicht möglich, dagegen verständigten sich die Beiden Tags darauf, den 10. Februar dahin, daß der Ehemann der Verhafteten dem Denuncianten und Bestohlenen die Bezahlung von 500 Fr. versprach, wogegen der Letztere erklärte, die Diebstahls-

klage zurückziehen zu wollen. Dieser händigte denn auch seinem Mitcontrahenten eine bezügliche Erklärung zu Handen des Statthalteramtes ein, welche wörtlich dahin lautet:

„Der Unterzeichnete nimmt hiemit seine „Klage gegen Frau L. zurück. Die ergan„genen Kosten hat sie zu tragen.“

Da es sich nicht um ein Antragsvergehen handelte, konnten die Anklagebehörden auf jenen Klagerückzug natürlich keine Rücksicht nehmen, die Untersuchung ging daher ihren ungestörten Gang, es erfolgte Anklagestellung und die Angeklagte wurde des fortgesetzten ausgezeichneten Diebstahls in unermitteltem, jedoch 150 Fr. nicht übersteigendem Betrage schuldig erklärt und mit Gefängniß und Buße bestraft. Nunmehr wollte ihr Ehemann die dem Damnificaten gegenüber eingegangene, auf Zahlung von 500 Fr. lautende Verpflichtung nicht mehr erfüllen, indem er behauptete, dieselbe nur in der Meinung eingegangen zu haben, daß dannzumal eine völlige Niederschlagung des gegen seine Frau eingeleiteten Strafverfahrens erfolge, diese Voraussetzung indeß nicht eingetreten sei. *Derselbe wurde indess von beiden Instanzen zur Zahlung verpflichtet. Die Begründung ist in der Hauptsache folgende:*

1. Würde sich die Vereinbarung vom 10. Februar als ein *zweiseitiger* Vertrag darstellen und müßte der Inhalt dieses Vertrages dahin umschrieben werden, daß Kläger gegen Bezahlung der zugesicherten 500 Fr. die endgültige Niederschlagung der gegen die Ehefrau des Beklagten anhängigen Strafuntersuchung zu bewirken habe, so könnte wegen objectiver Unmöglichkeit dieser letztern Verpflichtung von einem rechtsgültigen Abkommen nicht die Rede sein und müßte somit die aus demselben abgeleitete Klage verworfen werden (Art. 17 des O.-R.).

2. Zunächst steht nun aber nicht fest, daß jener Vereinbarung überhaupt der Character eines zweiseitigen Vertrages zukomme, denn der Kläger behauptet, daß es sich einzig und allein um die vertragliche Feststellung seiner civilrechtlichen Ansprüche aus dem Diebstahl der Ehefrau des Beklagten gehandelt habe und die Unrichtigkeit dieser Darstellung ist keineswegs dargethan, insbesondere kann der Umstand, daß bloß wegen Diebstahl in einem 150 Fr. nicht übersteigendem Betrage Anklage erhoben wurde, hier nicht entscheiden, weil die Möglichkeit vorliegt, daß die Ehefrau des Beklagten noch andere als die dem Untersuchungsrichter zur Kenntniß gelangten Diebstähle begangen hat. Der Kläger hat denn auch die letztere in der Untersuchung des Diebstahls von mindestens 500 Fr. beschuldigt und diese Angabe kann Angesichts des Umstandes, daß *schon die frühere Mietherin des klägerischen Spezereiladens* Entwendungen bemerkt haben will, nicht als unglaubwürdig bezeichnet werden. Der Umstand, daß der Klagrückzug der Vereinbarung unmittelbar nachfolgte, genügt nicht, um ihn als eine dem Schuldversprechen correspondirende Gegenleistung zu betrachten, denn es kommt sehr häufig vor, daß ein Strafantrag *gegen blossen Ersatz des Schadens* zurückgezogen wird.

3. Wollte man aber auch einen zweiseitigen Vertrag annehmen, so dürfte man doch dessen Inhalt Mangels aller Anhaltspunkte nicht dahin feststellen, daß Kläger sich für 500 Fr. verpflichte, die völlige Niederschlagung der Strafuntersuchung zu bewirken, denn es liegt durchaus nichts weiter vor als daß er versprochen hat, den von ihm beim Untersuchungsrichter gestellten Strafantrag zurückzuziehen, diese Leistung aber war sowohl möglich als zulässig und ist auch erfüllt worden.

4. Aber auch dafür mangelt es an dem erforderlichen Beweis, daß das Schuldversprechen des Beklagten an die *Bedingung* nachfolgender Sistirung der Strafuntersuchung geknüpft worden ist, denn wenn auch der Beklagte glaubte, es werde der Klagerückzug des Klägers diese Sistirung ohne Weiteres zur Folge haben, so folgt daraus doch noch lange keine *vertragliche* Stipulation des Inhalts, daß der Eintritt der Sistirung als förmliche Bedingung des Schuldversprechens gelten solle.

5. Endlich kann die genannte Vereinbarung auch nicht wegen wesentlichen Irrthums angefochten werden, denn der Beklagte hat sich einfach über die Tragweite, resp. *den Werth* des ihm vom Kläger versprochenen Klagerückzuges geirrt und dieser Irrthum ist gemäß

Art. 21 des O.-R. ein unwesentlicher. Gänzlich werthlos war der Klagerückzug keineswegs, denn er ist bei Ausmessung der über die Ehefrau des Beklagten zu verhängenden Strafe als Milderungsgrund in Betracht gezogen worden.

Urtheil

des Handelsgerichtes Zürich

vom 12. Februar 1886
in Sachen
des *Hans Simmler,* Buchhalter in Bendlikon, Klägers,
gegen
Emil Walker, Banquier, im Centralhof Zürich, Beklagten.

Schadenersatzforderung aus vorzeitiger Auflösung eines Dienstvertrages (Art. 343 und 346 des O.-R.).

Streitfrage:

„Ist der Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 600 zu bezahlen?"

Thatsächliches:

A. Der Kläger fordert die Streitsumme von 600 Fr. als Gehalt für ein Vierteljahr, indem er geltend macht, der Beklagte habe ihn Montags, den 4. Januar 1886, Vormittags, als Kassier mit einem Jahresgehalt von 2400 Fr. fest angestellt, welche Stelle er noch am gleichen Tage angetreten habe, ihn dann aber schon am folgenden Donnerstag, den 7. Januar Abends ohne jeden triftigen Grund entlassen. Der Beklagte bestreitet jede Schuldpflicht, indem er angibt, die Anstellung sei zunächst nur anf Probe erfolgt, eventuell behauptet er, wichtige Gründe im Sinne des Art. 346 des O.-R. zur sofortigen Vertragsaufhebung gehabt zu haben.

B. Ueber das Zustandekommen der Anstellung wurden Zeugen einvernommen, und aus ihren Aussagen ergibt sich im Wesentlichen Folgendes:

Siegmund Wäkerling, Prokuraträger im Bankgeschäft G. Körner in Zürich, Schwager des Klägers (auch vom Beklagten angerufen), bezeugt: Am Sonntag nach Neujahr, den 3. Januar sei er vom Beklagten bei einem zufälligen Zusammentreffen auf der Post gefragt worden, ob er ihm keinen Kassier wisse, er müsse einen haben, und darauf habe er ihm den Kläger empfohlen, mit dem Bemerken, daß derselbe zwar bisher nur in Waarenhäusern bethätigt gewesen sei, in der Bankbranche aber nicht; er wolle ihm den Beklagten schicken, und letzteres sei dann geschehen.

Das Büreaupersonal des Beklagten, der das Bank- und Wechselgeschäft betreibt, bestand damals aus 4 Lehrknaben, Maag, Schmuklersky, Ris und Hofmann. Davon wurden die drei erstgenannten einvernommen, dieselben stehen im Alter von 14 bis 17 Jahren, und erhalten jeder eine monatliche Entschädigung von 15 Fr., ohne daß ein schriftlicher Vertrag besteht, auf Hofmann wurde als Zeuge verzichtet, derselbe war bisher mit Fr. 30 salarirt. Maag, Schmucklersky und Ris erzählen nun übereinstimmend Folgendes:

Am Montag nach Neujahr, Vormittags etwa um 10 Uhr sei der Kläger in's Büreau gekommen und habe sich vorgestellt, mit der Berufung auf die Empfehlung von Wäkerling (nach Ris ferner von Pfenninger auf der Kantonalbank). Als Salär habe derselbe Fr. 200 per Monat verlangt, und der Beklagte habe sich hiemit einverstanden erklärt und ihm gesagt, er solle Nachmittags eintreten. Von der Dauer der Anstellung sei nicht die Rede gewesen, auch nicht von einem Jahressalär, bezw. dem Betrag von Fr. 2400. Der Kläger habe gefragt, ob er erst auf Probe kommen müsse, der Beklagte dies aber verneint mit den Worten, es sei sonst nicht seine Art, die Leute auf Probe zu nehmen, er (Kläger) werde wissen, ob er der Stelle gewachsen, und wenn dies nicht der Fall wäre, so werden sie nicht als Feinde auseinandergehen. Auch das Anerbieten des Klägers, eine Kaution zu leisten, habe der Beklagte von sich gewiesen, mit dem Bemerken, daß eine solche doch nicht genügen würde und er im Uebrigen dessen Verwandte kenne, die ihm gut genug seien. Am folgenden Nachmittag sei dann der Kläger auf dem Büreau eingetreten, bis Mittwoch

Abend habe er Rechnungen zu besorgen gehabt, am Donnerstag Morgen sei ihm die Führung der Kasse übergeben worden, und am gleichen Tage noch habe der Beklagte ihn entlassen.

Wäkerling bezeugt weiter: Am Montag habe der Kläger ihm mitgetheilt, er habe definitiv mit dem Beklagten abgemacht um Fr. 2400 per Jahr, mit der Bedingung sofortigen Eintrittes. Andern Tages, am Dienstag, sei der Beklagte zu ihm auf's Büreau gekommen und habe gesagt, er danke ihm für den Mann, den er ihm geschickt, derselbe habe eine gute Schulbildung und viele Sprachkenntnisse, er könne sehr gut rechnen, gestern Abend habe er den Kassaschluß gemacht und es sei richtig herausgekommen, wie er es bis jetzt mit seinen Angestellten noch nicht gehabt habe, er sei sehr zufrieden. Am Mittwoch oder Donnerstag sei der Beklagte wieder zu ihm gekommen und habe erklärt, er könne den Mann nicht brauchen, derselbe sei zu langsam, könne die Banknoten nicht schnell genug zählen, es gehe nicht. Zeuge habe ihn gebeten, sich etwas gedulden zu wollen, aber der Beklagte habe geantwortet, es thue ihm leid, er sei nicht der Mann, der Geduld haben könne. Karl Rordorf, Kassier des G. Körner bezeugt: Nachdem er von Wäkerling gehört, daß der Beklagte den Kläger, ohne eine Probezeit zu verlangen, fest angestellt habe, sei ersterer eines Tages auf das Körner'sche Büreau gekommen und er habe ihn zu Wäkerling in der von diesem mitgetheilten Weise sagen gehört, daß er den Kläger nicht brauchen könne.

C. Die Berufung auf den Art. 346 des O.-R. begründet der Beklagte folgendermaßen: Am dritten Tag habe es sich gezeigt, daß der Kläger unfähig sei, die Kasse zu führen, indem derselbe nicht die nöthige Uebung im Zählen und Berechnen von Papierwerthen und fremden Münzen habe und den Unterschied zwischen Geld- und Briefkurs nicht recht kenne. Sodann habe er am 7. Januar zufällig in Erfahrung gebracht, daß der Kläger im Jahre 1878 seinem damaligen Prinzipal, J. U. Baumann in Herisau, eine bedeutende Summe unterschlagen und damit flüchtig geworden sei, die Strafuntersuchung sei allerdings niedergelegt worden, nachdem die Verwandten des Klägers den Schaden *ersetzt hätten*. Der Kläger anerkennt letztere Thatsache, gibt aber an, seit jenem Delikt, das sich als eine That jugendlichen Leichtsinns darstelle, habe er den Mackel dadurch wieder gelöscht, daß er in Java, wohin er sich in holländische Militärdienste habe anwerben lassen, während einer sechsjährigen Dienstzeit sich das Zeugniß eines tadellosen Rufes erworben habe, indem ihm daselbst bald als Fourier die Verwaltung der Garnisonskasse überlassen worden, und er den Abschied in allen Ehren erhalten habe, wofür verschiedene Dokumente vorgelegt werden. Im Uebrigen bestreitet Kläger die ihm vorgeworfene Unfähigkeit, indem er lediglich zugibt, daß es ihm für das Zählen und Werthen der zahlreichen in einem Wechselgeschäft vorkommenden fremden Münzen und andern Werthzeichen noch an der erforderlichen erst bei einiger Uebung sich einstellenden Routine gefehlt habe, und wendet ein, er habe dem Beklagten vor der Anstellung ausdrücklich erklärt, daß er noch nie in einem Bankgeschäft, sondern immer nur, zuerst in dreijähriger Lehrzeit, dann mehrere Jahre als Commis, bei Seidenfirmen angestellt gewesen sei, — wogegen keine Bestreitung erfolgte.

D. Der Beklagte bestreitet eventuell das Quantitativ der Forderung und beruft sich auf richterliches Ermessen. Der Kläger erklärt, bei seiner Entlassung sei ihm das Salär für 4 Tage angeboten worden, er habe dasselbe aber zurückgewiesen; bei seinem Eintritt habe er eine feste Anstellung beim Stadtammannamt Zürich gehabt und in Folge dessen verloren, der Beklagte behauptet, diese Anstellung sei nur eine vorläufige gewesen. — Vom Kläger wurde Gutheißung, vom Beklagten dagegen Verwerfung der Klage beantragt, je unter Kostens- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gegenpartei.

Entscheidungsgründe:

1. Aus dem übereinstimmenden Zeugniß der Lehrknaben Maag, Schmuklersky und Ris, in Verbindung mit den Aussagen der Zeugen Wäkerling und Rordorf ist zu schließen, daß am 4. Januar zwischen den Parteien in der That ein fester Anstellungsvertrag,

mit Verabredung eines Monatssalärs von Fr. 200 zu Stande gekommen sei. Die bezeugte Aeußerung des Beklagten, es sei sonst nicht seine Art, Leute auf die Probe zu nehmen, kann nicht dahin aufgefaßt werden, daß er eine solche wenigstens für den vorliegenden Fall wünschte; denn die weitern Bemerkungen desselben lassen klar erkennen, daß er eine Probe nicht wollte. Der Umstand, daß kein schriftlicher Vertrag errichtet wurde, kann nicht befremden, denn nicht blos mag dies überhaupt öfters vorkommen, sondern speziell der Beklagte scheint die schriftliche Normirung der Vertragsverhältnisse mit seinem Bureaupersonal nicht als nöthig zu betrachten. Gegen die Glaubhaftigkeit der Zeugen liegt sodann Nichts vor.

2. Weiter kommt in Frage, ob dem Beklagten, wie er geltend macht, wichtige Gründe im Sinne von Art. 346 des Obl.-R. zur Seite standen, um am 7. Jan. den Vertrag aufzuheben. Es muß dies verneint werden. Da dem Beklagten mitgetheilt wurde, daß Kläger bisher noch nicht im Bankfache gearbeitet hatte, so durfte derselbe nicht sofort auf die spezielle, für den Kassier eines Wechselbureaus allerdings wünschbare, aber erst durch Uebung zu erwerbende Routine in der Behandlung von Münzen und Papierwerthzeichen Anspruch machen; übrigens ist nicht einmal erwiesen, daß dem Kläger diese Fähigkeit in erheblichem Maße gemangelt habe und läßt das Zeugniß, welches der Beklagte dem Kläger bei Wäkerling ertheilte, hierauf durchaus nicht schließen. — Daraus sodann, daß der Kläger vor manchen Jahren einmal eine Unterschlagungshandlung beging, kann nicht hergeleitet werden, daß derselbe gegenwärtig noch vertrauensunwürdig und daher als Kassier untauglich sei; denn das seitherige Verhalten desselben flößt Vertrauen in seine Zuverläßigkeit ein, jedenfalls ist nicht offenbar das Gegentheil der Fall, und überdem wäre es Sache des Beklagten gewesen, sich über das Vorleben des Klägers zu erkundigen, und er hat es seiner eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben, daß er hievon erst nachher erfuhr.

3. Demgemäß liegen dem Beklagten die für ihn als Prinzipal aus dem geschlossenen Dienstvertrage hervorgehenden Verpflichtungen ob. Die Anstellung war, wie sich aus den Zeugenaussagen ergibt, nicht auf eine bestimmte Zeit verabredet, dagegen offenbar auf längere Dauer gemeint, da ein Monatssalär bestimmt wurde. Nach Vorschrift von Art. 343 des Obl.-R. war bei diesem Verhältnisse die Kündigung, da diesfalls weder im Kanton Zürich besondere gesetzliche Bestimmungen bestehen, noch auf hiesigem Platze besondere Fristen üblich sind, jedenfalls nicht früher, als auf Ende März 1886 möglich, und es hat der Kläger daher für die Zeit bis dahin, also 3 Monate Anspruch auf das zugesicherte Salär von Fr. 200 per Monat, also im Ganzen auf 600 Fr. Daß der Kläger während dieser Zeit andern Verdienst gefunden oder in Aussicht habe, ist nicht behauptet worden.

4. Die Klage ist somit gutzuheißen, was den unterliegenden Beklagten zur Tragung der Gerichtskosten und Zahlung angemessener Prozeßentschädigung an die Gegenpartei verpflichtet.

Schluss:

1) Der Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger 600 Fr. zu bezahlen.
2) Die Staatsgebühr wird auf 70 Fr. angesetzt.
3) Die Kosten sind dem Beklagten auferlegt.
4) Derselbe hat dem Kläger eine Prozeßentschädigung von 20 Fr. zu bezahlen.

Kleine Nachrichten:

Art. 277 des Obligationenrechtes.

Die Mietherin einer Wirthschaft verlangte einen Abzug am Miethzins, weil die Vermietherin und ihr Ehemann sie durch wiederholte Verursachung von Streitigkeiten in der erfolgreichen Betreibung der Wirtschaft in den Miethräumen gestört und dadurch geschädigt haben. Der Anspruch wurde theilweise gutgeheißen. Den dießfälligen Erwägungen entnehmen wir folgende Sätze:

Zur Begründung ihres Anspruches beruft sich die Beklagte auf Art. 277 des O.-R.

Nach dieser Gesetzesbestimmung kann, falls die vermiethete Sache ohne Verschulden des Miethers in einen Zustand geräht, welcher den vertragsmäßigen Gebrauch ausschließt oder in erheblicher Weise schmälert, der Miether eine verhältnißmäßige Herabsetzung des Miethzinses verlangen. Dieser Anspruch ist also nicht davon abhängig, daß den Vermiether ein Verschulden treffe, es genügt vielmehr zu dessen Begründung die Thatsache, daß ohne Verschulden des Miethers die vermiethete Sache in den bezeichneten Zustand gerathen sei. Fällt dabei dem Vermiether ein Verschulden zur Last, so soll der Miether berechtigt sein, neben dem Abzug am Miethzins Ersatz des ihm erwachsenen Schadens zu fordern. —

Im Fernern fällt rechtlich in Betracht, daß wie im bezirksgerichtlichen Urtheil in Uebereinstimmung mit frühern gerichtlichen Entscheiden (abgedrukt in der Revue der Gerichtspraxis im Gebiet des Bundescivilrechts Bd. III No. 41 42 und 126) richtig ausgeführt ist (vergleiche Schneider Commentar zum O.-R. Art. 277. Anmerkung 1) jene Gesetzesbestimmung in der That nicht nur in dem Falle Anwendung findet, wo während der Miethzeit an der vermietheten Sache Mängel sich zeigen, welche den vertragsmäßigen Gebrauch derselben ausschließen oder schmälern, sondern auch dann, wenn die Störung des Miethbesitzes durch anderweitige Umstände, insbesondere das Benehmen des Vermiethers herbeigeführt worden ist.

Im vorliegenden Fall wird von der Mietherin geltend gemacht. daß sie durch von der Klägerin verursachte Streitigkeiten, also durch Verschulden der Vermietherin an der vertragsmäßigen Benutzung der Miethobjecte, nämlich an der Betreibung einer Wirthschaft gehindert bezw. darin gestört worden sei und daß ihr somit Anspruch auf Schadenersatz in Form eines Abzuges am Miethzins zustehe und es ist diese Ausführung in Uebereinstimmung mit dem bezirksgerichtlichen Urtheil in der Hauptsache als richtig anzusehen, denn nach den Zeugenaussagen steht fest, daß die Klägerin und ihr Ehemann wiederholt in rechtswidriger Weise, namentlich durch Gebrauch arger Schimpfwörter gegenüber der Beklagten und deren Ehemann heftige und lärmige Auftritte im Hause veranlaßt und dadurch die Frequenz der beklagtischen Wirthschaft etwelchermaßen beeinträchtigt haben (Obergericht Zürich, Appellationskammer 13. März 1886. Ehmann contra Heinrich.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Mai 1886. V. Band. № 9.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

der

Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

vom 17. April 1886

in Sachen

der *Pensions- und Hülfskasse der Schweizerischen Nordostbahngesellschaft,* Beklagten und Appellanten,

gegen

Jakob Bosshardt zur Frohburg in Bülach, Kläger und Appellaten

betr. Pensionsanspruch.

Streit über die Frage, ob und inwieweit die von dem statutengemäß vorgesehenen Organ einer Pensions- und Hülfskasse vorgenommene Festsetzung des Pensionsbetrages von dem Pensionsberechtigten angefochten und richterliche Fixirung seines Anspruches verlangt werden könne.

Streitfrage:

Ist die Beklagte schuldig, dem Kläger den bisherigen jährlichen Pensionsbetrag von 336 Fr. von Neujahr 1885 an gerechnet nebst Verzugszins à 5% für die rückständigen Beträge zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Am 1. Mai 1865 trat der Kläger als Stationsvorstand von Bülach in den Dienst der Nordostbahn und mit dem 1. August 1870 avancirte er zum Bahnbezirksvorstand für die Linien Zürich-Bülach und Zürich-Dielsdorf. In dieser letztern Stelle verblieb er bis Ende 1877, mit welchem Zeitpunkt seine Entlassung erfolgte und zwar, wie das vom Betriebschef der Nordostbahn ausgestellte Abgangszeugniß sagt: „wegen wiederholter längerer Krankheit und des Verlustes der Sehkraft auf größere Entfernungen." Als Lohn bezog der Kläger während der letzten Zeit seiner Anstellung 1920 Fr. fixen Gehalt und eine Wohnungsentschädigung von 300 Fr. Als Nordostbahnangestellter war er von selbst, d. h. ohne daß es eines speciellen Beitrittes bedurft hätte, auch Mitglied der für diese Angestellten bestehenden Unterstützungskasse, und bezahlte als solches den statutengemäßen Beitrag von $2\frac{1}{2}$% seines fixen Gehaltes.

B. Zur Zeit der Dienstentlassung des Klägers, Ende August 1877, waren die Statuten der Unterstützungskasse vom 16. Dezember 1870 in Kraft und diese bestimmen in § 6, daß in allen Fällen gänzlicher oder theilweiser Erwerbsunfähigkeit Unterstützung gewährt werde, möge dieselbe durch einen *im Dienste*

erlittenen oder mit dem Dienste nicht zusammenhängenden, wenn nur unverschuldeten Unfall, Krankheit oder vorgerücktes Alter herbeigeführt worden sein, jedoch ist das *Maass* der Unterstützung ein verschiedenes je nach dem ein *im Dienste* erlittener Unfall die Ursache der Erwerbsunfähigkeit ist oder diese Ursache mit dem Dienste *nicht* zusammenhängt. Im letztern Fall werden bei gänzlicher Erwerbsunfähigkeit je nach dem Dienstalter 25 bis 60% des zuletzt bezogenen beitragspflichtigen Gehaltes als jährliche Unterstützung ausgerichtet und bei *theilweiser* Erwerbsunfähigkeit, sagt der § 6 Ziff. 2 lit. b, wird gewährt: „*eine jährliche Unterstützung je nach Umständen, die jedoch höchstens drei Viertheile der für den Fall gänzlicher Erwerbsunfähigkeit vorgesehenen Unterstützung betragen darf.*"

C. Am 13. September 1877 erhielt Kläger von der Beklagten die schriftliche Mittheilung, die Commission der Unterstützungskasse habe in ihrer letzten Sitzung beschlossen, ihm gemäß § 6 Ziff. 2 lit. b und nach Maßgabe der übrigen Bestimmungen der Statuten eine jährliche Pension von 336 Fr., gleich der Hälfte von 35% des zuletzt bezogenen Gehaltes vom 1. September 1877 an gerechnet, zahlbar vierteljährlich, zu verabfolgen. 35% macht die Unterstützung aus, welche im Falle *gänzlicher* Erwerbsunfähigkeit zufolge unverschuldeter Krankheit eines mit dem Dienste *nicht* zusammenhängenden Unfalles oder vorgerückten Alters bei 11 bis 15 Dienstjahren gewährt wird.

D. Der genannte Pensionsbetrag von 336 Fr. wurde dem Kläger pünktlich ausbezahlt bis Ende 1884, am 28. Dezember 1884 erhielt derselbe dann aber vom Bahnbezirksvorstand Bülach die schriftliche Mittheilung, es habe die Verwaltungscommission der Pensions- und Hülfskasse der Nordostbahn *gestützt auf Informationen, wonach Kläger bei der Stadtpolizei in Zürich fix angestellt sei und wenigstens 1500 Fr. per Anno erwerbe,* beschlossen, seine Pension mit dem 1. Januar 1885 auf 168 Fr. = 1/4 von 35% zu reduciren. Der Kläger stellte das Gesuch um Wiederaufhebung dieses Beschlusses, weil sich seine gesundheitlichen Verhältnisse seit 1877 durchaus nicht gebessert, sondern im Gegentheil verschlechtert und namentlich seine Sehkraft mehr und mehr abgenommen habe. Mit seiner zahlreichen Familie habe er aus den 336 Fr. nicht leben können und sich deßhalb bemüht, bei der Stadtpolizei eine Stelle als Copist zu erhalten; nun, nachdem es ihm gelungen, als solcher angestellt zu werden, rechne man ihm vor, daß er per Jahr circa 1500 Fr. verdiene, lasse dabei aber unberücksichtigt, daß er täglich von Bülach nach Zürich und zurück fahren müsse und damit bedeutende Auslagen verbunden seien. Er werde sich die Reduktion des Pensionsbetrages unter keinen Umständen gefallen lassen. „Zwar spricht der *Buchstabe* der „Statuten für Ihre Schlußnahme, er würde „auch für eine Reduktion auf bloß 10 Fr. „sprechen, eine andere Frage ist aber die, „ob die beschlossene Reduktion sich mit *dem Sinn und Geist* der Statuten verträgt."

Dieses Gesuch wurde abschlägig beschieden und nun kam es zum Prozeß, in welchem der Kläger die Eingangs erwähnte Rechtsfrage aufstellte, ob nicht die Beklagte ihm den bisherigen Pensionsbetrag von 336 Fr. weiter zahlen müsse. Er nahm den Standpunkt ein, daß die Beklagte überhaupt kein Recht habe, die einmal festgesetzte Pension nachträglich zu reduciren und daß eventuell jedenfalls keine stichhaltigen Gründe zu einer Reduction vorgelegen haben, weßhalb dieselbe unter allen Umständen aufgehoben werden müsse. Daß er habe darauf Bedacht nehmen müssen, neben den 336 Fr. noch ein weiteres Einkommen zu erwerben, sei wohl sonnenklar und ebenso liege auf der Hand, daß er mit den 1836 Fr., die er nun verdiene, seine Familie kaum durchbringen könne. Seine Gesundheit habe sich seit 1877 nur verschlechtert und speziell die Sehkraft immer mehr und mehr abgenommen, sodaß die Gefahr gänzlicher Erblindung bestehe und von Tag zu Tag zunehme, unter solchen Verhältnissen aber würde sich doch wohl nur eine Erhöhung, nicht aber eine Verminderung seiner Pension rechtfertigen.

E. Die Beklagte antwortete, es räumen die Statuten der Verwaltungscommission bezüglich der Festsetzung der Pensionsbeträge bei theilweiser Erwerbsunfähigkeit mit allem Vorbehalt

einen größern Spielraum ein, das bonum arbitrium dieser Commission entscheide zunächst ausschließlich und zwar sei die letztere jederzeit, sobald die maßgebenden Umstände sich ändern, zur Wiedererwägung befugt. In concreto haben nun diese Umstände sich geändert, denn während Kläger anno 1877 keine Anstellung gehabt, beziehe er gegenwärtig 1500 Fr. Salär; daß darin ein *entscheidender* Umstand liege, bedürfe keiner besondern Ausführung. Die Pensions- und Hülfskasse sei zur Zeit kaum mehr existenzfähig, weil die an sie gestellten Ansprüche in's Enorme angewachsen seien.

F. Das Bezirksgericht Zürich hieß die Klage gut und begründete diesen Entscheid im Wesentlichen mit folgenden Sätzen:

1. Principiell kommt in Frage, ob der die Geschäfte der beklagten Casse verwaltenden Commission das Recht zustehe, den Betrag einer, einem ehemaligen Angestellten ausgesetzten Pension in Folge einer in der Zwischenzeit eingetretenen Aenderung in den persönlichen und Erwerbsverhältnissen des Pensionsberechtigten, wie sie zur Zeit der Bewilligung der Pension bestanden, — entsprechend zu kürzen;
2. *Ausdrücklich* ist ihr nun zwar ein solches Recht in den Statuten allerdings nicht zuerkannt, es folgt indessen die Existenz desselben ohne Weiteres aus der einfachen Betrachtung, daß der Betrag der Pension in einem entsprechenden Verhältniß zum Umfang der für den Pensionsberechtigten eingetretenen Erwerbserschwerung stehen muß und daß, wenn die Erwerbsfähigkeit des Pensionsberechtigten in Folge einer Besserung seiner Gesundheitsverhältnisse seit Aussetzung der Pension wieder zugenommen hat, auch sein Anspruch auf ungeschmälerten Fortbezug der bisherigen Pension dahinfällt und er sich einer die eingetretene Aenderung der Sachlage in angemessene Berücksichtigung ziehenden Kürzung der letztern mit Erfolg *nicht* widersetzen kann;
3. Sache der Pensions- und Hülfskasse ist es nun aber selbstverständlich, nachzuweisen, daß die Voraussetzungen, unter denen die Aussetzung der Pension erfolgt ist, eine Modification erlitten haben, d. h. daß sich in den Gesundheitsverhältnissen des Pensionsberechtigten eine Besserung ergeben hat, welche eine entsprechende Steigerung der Erwerbsfähigkeit desselben nach sich gezogen haben muß;
4. Nun hat aber die Beklagte gar nicht behauptet, daß sich die Gesundheitsverhältnisse des Klägers seit 1877 gebessert, daß namentlich seine Sehkraft wieder zugenommen habe. Vielmehr wurde der Anspruch auf Kürzung der bisher bezogenen Pension lediglich auf den Umstand basirt, daß der Kläger seit zwei Jahren eine fixe Anstellung gefunden hat und in dieser einen jährlichen Gehalt von 1500 Fr. bezieht. Dieser Umstand war indessen nicht geeignet, eine genügende Veranlassung für die im Streite liegende Kürzung zu bilden, da es von vorneherein klar ist, daß Kläger mit dieser geringen Besoldung für sich und seine Familie sein Auskommen nicht finden könnte und daraus folgt von selbst, daß die Klage gutgeheißen werden muß.

G. Gegen dieses Urtheil appellirte die Beklagte und suchte in der Appellationsverhandlung um Abweisung der Klage nach, währenddem Kläger auf Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils antrug.

Entscheidungsgründe:

1. Es liegt außer Streit, daß der Kläger, welcher vom 1. Mai 1865 bis Ende August 1877 im Dienste der Nordostbahn stand, gegenüber der Pensions- und Hülfskasse der letztern pensionsberechtigt ist gemäß deren Statuten vom 16. Dezember 1870. Nach § 1 Satz 3 dieser Statuten ist jeder bei der Nordostbahn mit einem festen Jahresgehalt Angestellte zum Beitritt in die genannte Anstalt verpflichtet, und es kommt daher den Statuten die Natur eines Vertrages zu, dem die Angestellten durch ihren Eintritt bei der Nordostbahn beitreten; derselbe stellt sich als Versicherungsvertrag dar, Gegenkontrahent ist die Pensions- und Hülfskasse, die heutige Beklagte.

2. Streitig ist nun der Umfang des Pensionsanspruches des Klägers. Derselbe wurde bei der Dienstentlassung, welche wegen Ver-

minderung der Sehkraft und wegen Rheumatismen erfolgte, auf einen Jahresbeitrag von 336 Fr. angesetzt, Ende 1884 von der Beklagten aber auf 168 Fr. herabgemindert, und der Kläger verlangt Beibehaltung des frühern Betrages. Die Reduktion wird von der Beklagten damit begründet, daß Kläger anderweitig eine Anstellung mit einem Jahresgehalt von 1500 Fr. erlangt habe, während Kläger anführt, daß er weiterhin des ursprünglichen Pensionsbetrages durchaus bedürfe, um nebst seiner Familie leben zu können.

3. Nach § 16 ist die Besorgung sämmtlicher Geschäfte der Unterstützungskasse einer unter Aufsicht der Direktion der Nordostbahn stehenden Commission übertragen, über deren Zusammensetzung in § 17 einläßliche Bestimmungen enthalten sind; nach § 18 werden deren Beschlüsse durch absolutes Mehr, mit Stichentscheid des Präsidenten, gefaßt. Gemäß § 24 Satz 1 hat die Commission die Gesuche um außerordentliche Unterstützungen zu prüfen und Satz 2 besagt: „Sie entscheidet ferner, nach Befinden .... über das Erlöschen der Ansprüche auf Unterstützung." In Satz 3 heißt es: „Den in Minderheit verbliebenen Mitgliedern der Commission, sowie jedem Betheiligten soll es freistehen, bei nicht einstimmig gefaßten Beschlüssen Rekurs an die Direktion zu nehmen, welche definitiv über den streitigen Fall entscheidet. Der Rechtsweg bleibt unter allen Umständen ausgeschlossen." Im Uebrigen sind hier noch folgende Bestimmungen von Bedeutung. Bezüglich des Maßes der Unterstützung unterscheidet § 6 zwischen Erwerbsunfähigkeit in Folge Unfalles im Dienst und solcher durch andere Ursachen, nämlich Krankheit und Alter; für Fälle letzterer Art wird bei 11—15 Dienstjahren (Kläger hatte deren 12) die jährliche Unterstützung eines Mitgliedes der Anstalt auf 35 % seines zuletzt bezogenen Jahresgehaltes beziffert und sodann als Norm bei theilweiser Erwerbsunfähigkeit genannt: „eine jährliche Unterstützung je nach Umständen, die jedoch höchstens drei Viertheile der für den Fall gänzlicher Erwerbsunfähigkeit vorgesehenen Unterstützung betragen darf." In § 9 sind endlich die Fälle behandelt, in denen ein wegen gänzlicher oder theilweiser Erwerbsunfähigkeit Unterstützter später wieder in den Dienst tritt, sei es mit dem frühern, sei es mit einem geringern Gehalt, dann hört die Unterstützungspflicht auf, wogegen das Versicherungsverhältniß seinen Fortgang nimmt. Die Beklagte führt an, Kläger sei wegen theilweiser Erwerbsunfähigkeit durch Krankheit pensionirt worden, sein für die Pension in Berechnung fallender Gehalt habe 1920 Fr. betragen, die Unterstützung sei dann bei der Entlassung auf die Hälfte von 35% hievon bestimmt und Ende 1884 auf einen Viertheil hievon reduzirt worden, gemäß der sich bei der Commission festgesetzten Uebung, in Fällen dieser Art jeweilen 35 % vom Einkommensausfall des zu Unterstützenden in Ansatz zu bringen, was bei Vergleich des neuen Einkommens von 1500 Fr. mit dem frühern von 1920 Fr. und also auf 420 Fr. berechnet, einen Betrag von 147 Fr. ergeben hätte, während ein Pensionsanspruch von 168 Fr. anerkannt worden sei. Die Beklagte fügt bei, in Folge des wachsenden, nunmehr einen die Existenz der Kasse bedrohlichen Umfang erreichenden Betrages der statutenmäßigen Unterstützungsansprüche sei sie genöthigt, dieselben innert der durch die Statuten gezogenen Grenzen mit Sparsamkeit auszumessen.

4. Da die Unterstützungsansprüche, die aus dem durch die Statuten repräsentirten Versicherungsvertrage erhoben werden, unzweifelhaft privatrechtlicher Natur sind, so ist deren Beurtheilung im Streitfalle Sache der Gerichte, soweit nicht darauf von den Parteien verzichtet wurde. Diesfalls kommt § 24 der Statuten in Betracht, wonach gegen die Pensionsfestsetzung durch die in den §§ 16 und 17 genannte Kommission lediglich ein Rekurs an die Direktion der Nordostbahn als zulässig, der Rechtsweg unter allen Umständen aber als ausgeschlossen erklärt wurde. Als Meinung der Statuten darf gelten, daß diese Bestimmung für alle und jede, auf Grund derselben erhobenen Ansprüche Bezug habe, und daher auch auf solche Fälle, die in den Statuten zwar nicht ausdrücklich normirt wären. Nach dem strikten Wortlaut des § 24 läge darin ein zum Voraus ausgesprochener Verzicht, für die Geltendmachung solcher Ansprüche je den Schutz der Gerichte anzurufen.

Diese Ausdrucksweise bezeichnet indeß wahrscheinlich den Willen der Parteien nicht ganz richtig, denn es darf nach der Natur der Verhältnisse angenommen werden, daß wenigstens auf Seite der Dienstangestellten als Versicherungsnehmer, nicht die Absicht bestanden und ausgedrückt habe werden wollen, auf die Anrufung des Richters sogar auch für den Fall zu verzichten, als die Verwaltungscommission der Anstalt etwa nicht nach den Grundsätzen der Statuten einen Entscheid treffen, sondern willkürlich ihr Entscheidungsrecht dazu benutzen würde, um dem Ansprecher durch Verneinung seiner Ansprüche deren Geltendmachung vielmehr abzuschneiden. Hätten die Parteien eine absolute Competenz festsetzen wollen, so wäre wohl die Verwaltungscommission ausdrücklich als „Schiedsgericht" erklärt worden, und sogar in diesem Falle wäre gegen Willkürakte der Schutz durch die sog. außerordentlichen Rechtsmittel gewahrt gewesen. Der strikte Wortlaut von § 24 geht daher insofern offenbar über den wahren Willen der Parteien hinaus; als solcher erscheint vielmehr die Vereinbarung, die *Beurtheilung* der Pensionsansprüche *nach Massgabe der Statuten* der Verwaltungscommission zu überlassen und insoweit auf die staatliche Jurisdiktion zu verzichten, also ein Verzicht, ausgenommen für ganz willkürliche Behandlung der Ansprüche. Dafür aber, daß nun in diesem Sinne auf die Weiterziehung an die Gerichte verzichtet wurde, liegen sodann triftige Gründe vor, welche einen Verzicht gerade in diesem Umfange erklären und als nothwendig darstelllen. Dieselben lassen sich dahin zusammenfassen, daß eine richtige Beurtheilung der Pensionsansprüche großentheils dadurch bedingt sein muß, daß dieselben stets durch das gleiche Organ erfolgen, und zwar ein solches, welches nach seiner persönlichen Zusammensetzung und den ihm zu Gebot stehenden Mitteln speziell befähigt ist, gleichmäßig und in richtiger Würdigung der allgemeinen und der besondern in Betracht zu ziehenden Faktoren zu entscheiden, und hiefür bieten die statutarischen Bestimmungen über die Zusammensetzung und die Wahlart der Verwaltungscommission der Pensions- und Hülfskasse die von den Parteien für erforderlich erachteten Garantien. Sofern demnach diese Commission bei der Normirung des klägerischen Anspruches eine Entscheidung getroffen hat, welche sich als eine Beurtheilung auf Grund der Statuten und nicht etwa als Willkürakt unter dem Deckmantel eines Entscheides darstellt, bleibt die Beurtheilung jenes Anspruches durch den Richter ausgeschlossen. In dieser Hinsicht wird nun allerdings der Natur der Sache nach das richterliche Ermessen in weitem Umfange Platz greifen müssen; im Allgemeinen ist noch zu bemerken, daß eine willkürliche, vor den Gerichten anzufechtende Behandlung des Pensionsanspruches nicht bloß in einer völligen Abweisung, sondern auch in einer so minimen Bezifferung desselben zu erblicken wäre, daß darin bloß ein scheinbarer Schutz, thatsächlich aber eine Verweigerung desselben läge.

5. Ein Willkürakt in diesem Sinne kann indeß in der vom Kläger angefochtenen Normirung seines Unterstützungsanspruches offenbar nicht gefunden werden. Ein solcher liegt zunächst darin nicht, daß die bei der Dienstentlassung angesetzte jährliche Summe der Unterstützung späterhin reducirt wurde. Die Statuten sprechen zwar nirgends ausdrücklich von einer solchen nachträglichen Reduktion, ebensowenig verbieten sie aber eine solche. Die weiter oben angeführten Statutenvorschriften zeigen sodann, daß für manche Fälle, namentlich für theilweise Erwerbsunfähigkeit, das Maß des Unterstützungsbeitrages nicht von vornherein fest bestimmt, sondern innert gewisser Grenzen der Festsetzung durch die Kommission vorbehalten ist, sowie, daß letztere dabei auf die persönlichen Verhältnisse des Unterstützungsberechtigten Rücksicht zu nehmen hat. (Siehe besonders § 24 Satz 2 und § 25). Wenn nun diese letztern im Laufe der Zeit sich ändern, wie z. B., wie hier, durch Verminderung des Unterstützungsbedürfnisses in Folge Gewinnung eines neuen Einkommens, so ist nicht einzusehen, warum dieser Aenderung nicht ebenfalls Rechnung getragen werden sollte durch eine Herabsetzung der Pension, so gut als es richtig erscheint, bei Vermehrung des Unterstützungsbedürfnisses, z. B. bei Verlustes des zunächst gebliebenen Restes der Erwerbsfähigkeit, ei-

Erhöhung eintreten zu lassen. Diese Rücksichtnahme einerseits auf die Interessen der Anstalt bezw. der Mitversicherten und anderseits auf etwaige Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen des Pensionärs kann unter keinen Umständen Willkür genannt werden, erscheint gegentheils dem Sinn und Geist der Statuten angemessen. Aber auch darin, daß gerade im Falle des Klägers eine Reduktion und zwar eine solche auf die Hälfte des bisherigen Betrages angeordnet wurde, liegt nichts, das auch nur den Verdacht einer Willkür auf sich ziehen würde, und es ist hier namentlich zu bemerken, daß bezüglich des Quantitativs für Fälle von der Art des vorliegenden in § 6 lediglich eine Maximal-, dagegen keine Minimalgrenze angesetzt ist. Wenn aber die gestellte, hier allein maßgebliche Frage verneint werden muß, so ist es nicht Sache des Gerichtes, weiterhin über den Entscheid der Verwaltungscommission Kritik zu üben und daher nicht einzutreten auf die Ausführungen des Klägers darüber, daß die Reduktion unbillig und für ihn unerträglich sei.

6. Die Klage ist demnach abzuweisen, und dies hat zur Folge, daß die Kosten in beiden Instanzen dem Kläger aufzulegen sind, und daß derselbe der Beklagten eine angemessene Prozeßentschädigung zu zahlen hat.

Schluss:

Die Appellation der Beklagten ist begründet und demnach die Klage abgewiesen.

Vertragliche Ansprüche

des Pächters gegenüber dem von der Concursverwaltung des bisherigen Verpächters in das Pachtverhältniss eingewiesenen neuen Erwerbers des Pachtobjectes.

Wenn der Pächter die eigene Bewerbung des Pachtobjectes vollständig aufgibt und, ohne die Einwilligung des Verpächters einzuholen, einem sogenannten Sachwalter oder Stellvertreter überträgt, so verletzt er ebenso gut eine ihm obliegende contraktliche Pflicht, wie wenn er ohne Zustimmung des Verpächters eine wirkliche Afterpacht eingeht (Art. 306 des O.-R.). Richterliche Moderation einer Conventionalstrafe (Art. 182 des O.-R.). (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 6. April 1886. Kündig ca. Stauffacher.)

Der über einen Mühlegewerb mit Antritt per 1. Februar 1884 abgeschlossene Pachtvertrag bestimmte unter Anderm:

1. „Sämmtliche Reparaturen am Wasserrad „und den Kammrädern hat die Verpächte„rin zu übernehmen oder sind dem Päch„ter zu vergüten.
2. „*Sollte durch irgend welche Repara„turen oder Neubauten die Mühle für „mehr als zwei Tage nicht betrieben „werden können, so hat die Verpäch„terin den Pächter täglich mit 15 Fr. „zu entschädigen.*“

Am *9. Juli 1884* gerieth die Verpächterin in Concurs und die Massaverwaltung kündete sodann das Pachtverhältniß auf den 1. Mai 1885. Am *17. September 1884* verließ der Pächter das Pachtobject (Bläsimühle in Russikon, Ct. Zürich) und zog nach La Chaux de fonds, Canton Neuenburg, stellte aber vor dem Wegzug seinem Schwiegervater eine Urkunde dahin gehend aus, daß er ihn ermächtige, den Pachtvertrag in seinem Namen zu vollziehen, den Zins seit Ausbruch des Concurses nach Vertrag zu bezahlen, überhaupt ihn als Pächter in allen Beziehungen zu vertreten und namentlich auch seine Rechte allfällig zu wahren. „Auch wird dem Bevollmächtigten — heißt es in der Urkunde weiter — das „freie Verfügungsrecht über die Früchte und „Erzeugnisse des Pachtobjectes überlassen, „worüber er jederzeit dem Vollmachtgeber „Rechnung zu stellen hat.“

Am *19. Oktober 1884* zahlte der Bevollmächtigte den Pachtzins für die Zeit vom Concursausbruch, 9. Juli an, bis am 31. gleichen Monats an die Concursverwaltung der Verpächterin, behauptend, daß der Zins für die frühere Zeit mit der letztern verrechnet worden sei und am *20. Oktober* wurde dann das Pachtobject auf öffentlicher Concursgant versteigert und der Meistbieterin, einer grundversicherten Gläubigerin, zugefertigt. In den Kaufbestimmungen ist unter Anderm gesagt:

„Mit Rücksicht darauf, daß die Liegenschaften „laut Vertrag vom 1. Februar 1884 verpachtet „wurden und dieser Vertrag erst auf Maitag „1885 zu künden möglich war, kann der „eigentliche Antritt der Liegenschaften durch „die Käuferin erst auf Maitag 1885 stattfinden, *es fällt dagegen der seit 31. Juli „laufende Pachtzins der Käuferin zu,* sie „hat selbst für den Incasso besorgt zu sein, „die Concursverwaltung entschlägt sich jeder „Haftpflicht für den richtigen Eingang des „Zinses."

Am 29. Juli, 22. August und 5. September 1884 mußte das Wasserrad durch den Pächter geflickt werden, die von ihm verausgabten Reparaturkosten erreichten den Betrag von Fr. 21. —

Weitere Reparaturen nahm derselbe am 12. September, 10. und 21. Oktober 1884 vor und verausgabte dafür	„ 25. —
Ferner lieferte er zu einer Reparatur, welche die neue Erwerberin des Pachtobjectes am 2. November vorgenommen hatte, zwei Heuseiler für	„ 5. —
Summa	Fr. 51. —

Am *19. Dezember 1884* brach das Wasserrad vollständig zusammen und die Eigenthümerin des Pachtobjectes war nicht dazu zu bringen, dasselbe wieder herzustellen, sodaß die Mühle bis zum Ablauf der Pachtzeit (1. Mai 1885) gänzlich betriebsunfähig war.

Nunmehr stellte der Pächter der neuen Eigenthümerin des Pachtobjectes folgende Rechnung:

1. Für Reparaturen des Wasserrades und Lieferung der Heuseiler	Fr.	51. —
2. Betriebseinstellung der Mühle vom 12. bis 16. September, 4 Tage à 15 Fr.	„	60. —
3. Betriebseinstellung der Mühle im Novbr. 12 Tage à 15 Fr.	„	180. —
4. Betriebseinstellung vom 19. Dezember 1884 bis Ende April 1885, 132 Tage à 15 Fr.	„	1980. —
Summa	Fr.	2271. —

Davon erklärte er sich abziehen lassen zu wollen den Pachtzins für die Zeit vom 31. Juli 1884 bis 1. Mai 1885 mit Fr. 1012. 50

sodaß noch ein Saldo von Fr. 1258. 50

zu seinen Gunsten resultirt hätte. Da diese Rechnung nicht anerkannt wurde, kam es zum Prozeß. In diesem bestritt die Beklagte die Passivlegitimation bezüglich derjenigen Posten, welche vor der Zufertigung des Pachtobjectes an sie entstanden seien, weil die Concursmasse ihr diese Verbindlichkeiten nicht überbunden habe und solche folglich auch nicht auf sie übergegangen seien. Die Schuldpflicht bezüglich der weitern Posten aber negirte sie deßhalb, weil das Pachtverhältniß mit dem Verlassen der Pachtobjecte durch den Kläger dahingefallen sei. Den widerklageweise geforderten Pachtzins könne sie deßwegen doch für die ganze Zeit geltend machen, weil ihr die Verfügung über den Mühlegewerb bis zum 1. Mai 1885 entzogen gewesen sei. Eventuell sei die Conventionalstrafe, welche für die Zeit der Betriebseinstellung in Folge der Reparaturen und des schließlichen Zusammenbrechens des Wasserrades gefordert werde, angemessen zu reduciren.

Das Bezirksgericht nahm an, daß die Beklagte nur für die seit dem Gantkauf entstandenen Posten einzustehen habe, für diese aber im Principe aufkommen müsse, weil der Pächter berechtigt gewesen sei, die Bewerbung des Mühlegewerbes einem Sachverwalter zu übertragen und folglich von einer Aufhebung der Pacht in Folge Wegzuges desselben nicht die Rede sein könne, im Uebrigen wurde die verlangte Conventionalstrafe von täglich 15 Fr. auf 6 Fr. reducirt.

Die II. Instanz dagegen gelangte zu dem Schlusse, daß die Beklagte grundsätzlich für alle Posten einzustehen habe, für die vor der Gantfertigung entstandenen jedoch nur, soweit dieselben mit ihrer Pachtzinsforderung verrechnet werden können. Da diese Verrechnung in vollem Umfange möglich war, so blieb es auch bei der vollen Gutheißung der Posten. Die Conventionalstrafe wurde von 15 Fr. täglich auf 4 Fr. reducirt und es ergab sich dann folgende Rechnung:

Der Kläger hat zu fordern:

1. Für Reparaturen des Wasserrades etc.	Fr. 51. —
2. An Conventionalstrafe für die Betriebseinstellung	
a) vom 12. bis 16. September, 4 Tage à 4 Fr.	„ 16. —
b) vom November 1884, 12 Tage à 4 Fr.	„ 48. —
c) vom 19. Dezember 1884 bis 1. Mai 1885, 132 Tage à 4 Fr.	„ 528. —
Summa	Fr. 643. —
Dagegen schuldet er an Pachtzins	„ 1012. 50
und bleibt somit ein Saldo zu Gunsten der Beklagten im Betrage von	Fr. 369. 50

weßhalb die Hauptklage abgewiesen, die Widerklage dagegen im letztgenannten Betrage gutgeheißen werden muß.

Gründe:

1. Was zunächst die aus der Zeit vor der Gantfertigung herrührenden Posten 1—6 der klägerischen Rechnung betrifft, so scheint die erste Instanz übersehen zu haben, daß die Beklagte nicht bloß die Liegenschaften, sondern auch den Pachtzins vom 31. Juli 1884 bis zum Tage des Gantkaufs (20. Oktober) kaufweise übernommen hat. Diesen letztern fordert sie demnach nicht aus eigenem Rechte, sondern als Rechtsnachfolgerin (Cessionarin) des Cridars resp. der Concursmasse und ist daher verpflichtet, sich Gegenforderungen, welche dem Kläger gegenüber dem Cedenten zustehen, davon abrechnen zu lassen. Die Posten 1—6 sind nun solche Gegenforderungen, zu deren Bezahlung die Concursmasse offenbar principiell verpflichtet ist und da auch deren Quantitativ abgesehen von Post 4 (60 Fr. Conventionalstrafe) nicht mehr bestritten ist, so sind dieselben insofern gutzuheißen, als sie compensationsweise geltend gemacht werden können. Dieses letztere ist der Fall, so lange trotz der Gesammtabrechnung noch ein Saldo zu Gunsten der Beklagten resultirt.

2. Ebenso ist die geforderte Conventionalstrafe principiell begründet. Zwar ist dem Bezirksgericht darin nicht beizustimmen, daß der Kläger berechtigt gewesen sei, das Pachtobject zu verlassen und dessen Bewerbung seinem Schwiegervater als Sachverwalter zu überlassen. Nach Art. 306 des O.-R. darf der Pächter den Pachtgegenstand ohne Zustimmung des Verpächters nicht weiter verpachten. Diese Bestimmung hat ihren Grund darin, daß beim Pacht der Pächter nach Art. 303 verpflichtet ist, den gepachteten Gegenstand seiner Bestimmung gemäß ordentlich zu bewirthschaften, insbesondere für nachhaltige Ertragsfähigkeit desselben zu sorgen, somit eine Bewerbung durch den Pächter selbst mit Rücksicht auf dessen Persönlichkeit der Verpächter vielleicht den Vertrag abgeschlossen hat, für den letztern von großer Wichtigkeit ist. Dieser Rechtsgrund fällt natürlich dahin, wenn der Pächter das Pachtobject verläßt oder dessen Bewerbung einem Dritten überläßt, ob er nun mit diesem letztern eine Afterpacht abschließe oder ob er als bloßer Stellvertreter des Pächters das Pachtobject bewirthschafte. Ueberhaupt ist der Name, welchen man einem so vollständig an die Stelle des Pächters tretenden Dritten gibt, höchst gleichgültig. Erheblich ist nur, daß der Pächter die eigene Bewerbung gänzlich aufgibt. In allen diesen Fällen ist unter ausdrücklicher oder analoger Anwendung von Art. 306 anzunehmen, daß er eine ihm obliegende contractliche Pflicht nicht erfülle. Dies berechtigt nun aber den Verpächter nicht, den Vertrag sofort aufzulösen, sondern nur auf dem durch Art. 122 des O.-R. vorgezeichneten Wege vorzugehen. So lange dies nicht geschehen ist, bleibt der Pachtvertrag in Kraft.

3. Was den Inhalt der fraglichen Vertragsbestimmung anbetrifft, so läßt dieselbe keine andere Interpretation zu, als daß alle und jede Betriebsstörungen der Mühle, welche Raparaturen und Neubauten erfordern, zu denen der Verpächter vertragsgemäß verpflichtet ist, den Pächter berechtigen, 15 Fr. für jeden Tag gänzlicher Betriebsunfähigkeit zu verlangen. Diese 15 Fr. sind selbstverständlich eine Conventionalstrafe, wenn auch dieses Wort selbst im Vertrage nicht gebraucht ist.

4. Dagegen rechtfertigt es sich, diese Conventionalstrafe gestützt auf Art. 182 des O.-R. auf 4 Fr. per Tag zu reduciren. Zwar hat

die Verpächterin ihren Vertragspflichten in greller und absichtlicher Weise zuwidergehandelt, wenn sie entgegen dem ausdrücklichen Begehren des Klägers das am 19. Dezember 1884 gänzlich zusammengebrochene Wasserrad nicht mehr herstellte; allein die Gründe, welche trotzdem für eine ganz erhebliche Reduction der stipulirten Conventionalstrafe sprechen, sind dennoch überwiegend.

5. Vor Allem aus fehlt hier der innere Grund, welcher im Allgemeinen gegen die allzu starke Reduction von Conventionalstrafen spricht und welcher auch vom Standpunkte des Gesetzgebers aus gegen das Reductionsrecht des Richters überhaupt geltend gemacht werden kann, nämlich die Rücksicht auf den Vertragswillen der Contrahenten; denn die Beklagte hat nicht selbst und im Bewußtsein der übermäßigen Höhe die Conventionalstrafe festgesetzt, sondern sie ist durch äußere Verhältnisse gezwungen worden, als Verpächterin in den nicht von ihr selbst aufgestellten Pachtvertrag einzutreten.

6. Sodann ist der wirkliche Schaden, wie schon das Bezirksgericht ausgeführt, ein ganz unerheblicher und beträgt höchstens 2 Fr. per Tag der Betriebsstörung. Nachgewiesen ist übrigens nur ein Schaden von 78 Fr., welche Summe der Kläger für das Mahlen von Frucht an Peter und Frei bezahlen mußte und es ist nicht anzunehmen, daß er überhaupt weitern Schaden erlitten habe, da er die Abrechnung zwischen ihm und seinem Geschäftsführer, welche hierüber Auskunft geben könnte, nicht vorgelegt hat, wahrscheinlich weil eine solche nicht existirt und Stiefel über seine angebliche Geschäftsführung dem Kläger nie Rechnung gestellt hat.

Unterschied zwischen Vollmacht und Auftrag.

(Auszug aus einem Entscheid der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 13. April 1886 i. S. Bucher-Arbenz ca. Benz).

Ein Geschäftsagent besorgte für den nämlichen Clienten drei Schuldbetreibungen und stellte nach Durchführung derselben eine Gesammtkostenrechnung von 179 Fr. 15 Rp. Davon kommen in Abzug an empfangenen Baarvorschüssen und der Anzahlung eines Schuldners Fr. 88. 95, sodaß der Agent noch Fr. 90. 20 zu fordern gehabt hätte. Allein sein Auftraggeber, dem aus dem Incasso direct nur 87 Fr. zugekommen sein sollen, bestritt die Forderung und der Einzelrichter wies dieselbe denn auch in der That ab, indem er sagte:

„Der Beklagte wendet mit Recht ein, still„schweigende Bedingung seiner Vollmachts„ertheilung sei immer die gewesen, daß die „erlaufenden Kosten jedenfalls den Betrag des „nominellen Incasso nicht übersteigen sollten. „Einen vernünftigen Grund, Recht um des „Rechtes und nicht etwa um des Nutzeffectes „willen, also um jeden Preis, koste es, was „es wolle durchzusetzen, hatte der Beklagte „nicht. Es kann daher nicht etwa behauptet „werden, daß die verrechneten Leistungen aus „der Natur des Auftrags im Sinne von Art. „394 Absatz 1 des Obligationenrechtes hervor„gegangen seien. Im Gegentheil muß aus „den vorliegenden Thatsachen der Schluß ge„zogen werden, daß Kläger ohne Rücksicht „auf die für ihn wohl abwägbaren Interessen „seines Auftraggebers vorgegangen ist und „dadurch der Bestimmung des Art. 396 des „O.-R., welche getreue und sorgfältige Aus„führung des Auftrags vorschreibt, zuwider „und nur im eigenen Interesse gehandelt hat."

Eine gegen diesen Entscheid eingereichte Kassationsbeschwerde wurde in der Hauptsache für begründet erklärt und die Klageforderung im Betrage von Fr. 80. 20 gutgeheißen.

Gründe:

Als Nichtigkeitsgrund wird zunächst geltend gemacht, es sei die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung in dem angedeuteten Sinne actenwidrig, *weil im Widerspruch stehend mit den ausgestellten schriftlichen Vollmachten.* Ein Widerspruch des Entscheides mit diesen Vollmachten kann indessen nicht zugegeben werden. *Die Vollmachtsscheine für Geschäftsbesorger jeder Art bezwecken lediglich diese letztern Dritten gegenüber in den bezeichneten Fällen als Vertreter des Vollmachtgebers auszuweisen,*

nicht aber enthalten sie die schriftliche Fixirung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Beauftragten und Auftraggeber etwa in dem Sinne, dass ersterer durch die Vollmacht auch wirklich den stricten Auftrag erhalten habe, Alles das ohne Weiteres zu thun, was in der Vollmacht steht: Abstandserklärungen abzugeben, Vergleiche abzuschliessen, Strafklage zu führen, alle Rechtsmittel anzurufen u. s. w. Es war vielmehr ganz richtig, wenn auch gegenüber solchen Vollmachten die Bestreitung des Schuldners, der Auftrag sei nicht so weit gegangen und die Einrede, der Beauftragte habe die Vollmacht mißbraucht und den Auftrag nicht getreulich ausgeführt, gehört wurde. In ersterer Beziehung bestimmt sich allerdings nach Art. 394 des O.-R. der Umfang des Auftrages nach der Natur des zu besorgenden Geschäftes und die Beschränkung in der Weise, wie Beklagter sie behauptet, war nicht gerade in der Natur des Geschäftes gelegen. Dabei bleibt aber immerhin die Annahme des Richters, Kassationskläger habe den Auftraggeber übel berathen und in Vernachlässigung der Interessen desselben nur die Häufung von Spesen im Auge gehabt. Hierin liegt aber offenbar eine actenwidrige Annahme. Das Vorbringen des Beklagten war nämlich so allgemein und ohne jegliches Eintreten auf einzelne Posten oder Handlungen gehalten, daß es weder als Klagebestreitung (§ 334 des Gesetes über die Rechtspflege), noch als Begründung einer Einrede gelten konnte. Somit ist der Entscheid auf eine Annahme basirt, der nicht einmal bestimmte, in den Akten enthaltene Behauptungen zu Grunde liegen. Eine einzige Ausnahme bildet die motivirte Bestreitung für die Reise nach Bäch (10 Fr.). Nach § 712 des Rechtspflegegesetzes hat die Kassationsinstanz beim Vorhandensein des erwähnten Nichtigkeitsgrundes ein neues Urtheil zu fällen, nach dem Gesagten aber muß dieses dahin lauten, daß der Beklagte dem Kläger noch 80 Fr. 20 Rp. zu zahlen hat.

Klage

eines Senntengenossen auf Erfüllung des von seinen Mitgenossen mit dem Senn abgeschlossenen Milchlieferungsvertrages durch den letztern. Bestreitung der Activlegitimation, weil Kläger ausdrücklich vom Vertrage ausgeschlossen worden sei.

Einer Vereinigung von Senntengenossen, *die keine Statuten besitzt,* kann juristische Persönlichkeit nicht zuerkannt werden (§ 20 des Pr.-G.-B.). (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 20. April 1886. Höhn ca. Bannert.)

Am Unterort Gemeinde Wädensweil besteht eine zum Betriebe der Magerkäserei eingerichtete Sennhütte, an welcher sechs Personen als Hüttengenossen betheiligt sind und zwar steht jedem dieser Genossen ein Sechstheil an der Sennhütte zu. Im Fernern liefern noch weitere 5 Personen als sogenannte Zukäser die Milch in die genannte Hütte. Diese Zukäser haben den Hüttengenossen einen Hüttenzins von 5—10 Rp. per Zentner der gelieferten Milch zu bezahlen, währenddem die Hüttengenossen ihrerseits, — natürlich abgesehen von den Baukosten der Sennhütte, die sie haben bestreiten müssen, — für die Reparaturkosten an der Hütte und die nöthigen Ergänzungen am Mobiliar etc. aufkommen müssen.

Alljährlich zu Martini (11. November) verkaufen die genannten Senntengenossen und Zukäser die von ihnen in die Hütte zu liefernde Milch durch Steigerung an den Meistbieter. Am 27. Oktober 1885 wurde die Milch für den Zeitraum von Martini 1885 bis Martini 1886 versteigert und von dem Milchhändler Xaver Bannert in Horgen gekauft zum Preise von 10 Fr. 80 Rp. per Kilozentner, Hüttenzins inbegriffen. Der Eingang des im Doppel ausgefertigten Kaufvertrages lautet: „*Zwischen den unterzeichneten Senntengenossen* am Unterort als Verkäufer und Xaver Bannert als Käufer ist unter heutigem Datum folgender Vertrag zu Stande gekommen etc.“ Das Wort „unterzeichneten“ ist in beiden Vertragsexemplaren oberhalb der Textlinie hineingeflickt. Das für die Senntengenossen gefertigte Vertragsexemplar ist lediglich von dem damaligen Hüttenvogt Streul

„Namens der Senntengenossenschaft“ und vom Käufer Bannert unterzeichnet, währenddem das Exemplar des letztern die Unterschriften sämmtlicher Senntengenossen und Zukäser *mit Ausnahme derjenigen des Genossen und Hüttentheilhabers Albert Höhn am Unterort-Wädensweil trägt.*

Am 11. November weigerte sich der Senn Bannert, die Milch des letztgenannten Genossen, Albert Höhn, anzunehmen, und da es diesem nicht gelang, seinen vermeintlichen Anspruch auf Abnahme der Milch im summarischen Verfahren liquid zu stellen, so betrat er den Weg des ordentlichen Prozesses und stellte in diesem die Rechtsfrage auf, ob der Beklagte Bannert nicht verpflichtet sei, seine Milch wie diejenige der übrigen Senntengenossen von Maitag 1886 weg zum Preise von 10 Fr. 80 Rp. abzunehmen und ihm den aus der bisherigen Annahmeverweigerung entstandenen Schaden mit 7 Fr. per Tag zu vergüten. Zur Begründung der Klage wurde angeführt:

Der Kaufvertrag vom 27. Oktober 1885 sei zwischen der Senntengenossenschaft am Unterort einer- und dem Beklagten anderseits abgeschlossen worden. Verkäuferin der Milch sei also die Genossenschaft und diese umfasse natürlich sämmtliche Genossen, also auch den Kläger. Ieder Genosse sei aus dem Vertrage berechtigt, gleichviel, ob er beim Abschluss desselben mitgewirkt habe oder nicht und ebenso verpflichtet. Von jeher habe in dieser Senntengenossenschaft der Mehrheitsbeschluß der Genossen gegolten und sei die Milch immer für alle Genossen, auch für die beim Kaufsabschluß *nicht* anwesenden, verkauft worden, jeder dieser letztern habe das Recht und die Pflicht zum Beitritt gehabt. Nicht nur er, der Kläger, sondern auch noch andere Genossen haben dem Vertragsabschluß nicht beigewohnt, allen sei aber das Vertragsexemplar zum Unterzeichnen vorgelegt worden und nur ihn habe man übergangen.

Er halte gegenwärtig 5 Kühe und ein Rind und könne täglich 32 Liter Milch in die Hütte liefern. Die ungerechtfertigte Annahmeverweigerung dieser Milch habe ihm einen wöchentlichen Schaden von 7 Fr. zugefügt, wofür der Beklagte aus dem Titel des Vertragsbruches einzustehen habe, bis er zur Vertragserfüllung zurückkehre.

Der Beklagte bestritt die Klage, weil der Kaufvertrag vom 27. Oktober 1885, aus welchem der Klaganspruch abgeleitet werde, den Kläger gar nichts angehe. Mit der Genossenschaft sei dieser Vertrag keineswegs abgeschlossen, denn eine solche bestehe gar nicht. Von einer *corporativen* Vereinigung der Hüttengenossen sei keine Rede, denn Statuten existiren nicht, ein Vereinsprotokoll sei nie geführt worden und nach einer Vorsteherschaft sehe man sich vergebens um, auch fehle die Eintragung in das Handelsregister (Art. 678 und 717 des O.-R.). Es könne nur von einer gemeinen Gesellschaft oder sogar nur von einem Miteigenthumsverhältniß an der Sennhütte gesprochen werden. Der Milchvertrag sei einzig und allein mit den „*unterzeichneten* Sentengenossen“ geschlossen worden. Weil der Kläger von Martini 1884 bis Martini 1885 trotz aller Reclamationen *fortwährend* schlechte Milch geliefert, habe er sich geweigert, dessen Milch auf's Neue zu kaufen und diesen Entschluß den übrigen Senntengenossen mitgetheilt. Diese haben ohne Ausnahme ihr Einverständniß erklärt und so sei der Kläger ausdrücklich vom Kaufvertrag ausgeschlossen worden, wofür umfassender Zeugenbeweis anerboten werde. Eventuell werde bestritten, daß dem Kläger ein Schaden entstanden sei.

Das Bezirksgericht Horgen hieß die Klage in vollem Umfange gut und erkannte demnach:

„Der Beklagte ist verpflichtet, die Milch des „Klägers zu dem mit den Senntengenossen „unterm 27. Oktober 1885 vereinbarten Preis „abzunehmen und dem Kläger für die Zeit, „wo er diesem die Milch zurückgewiesen hat, „7 Fr. per Woche Entschädigung zu be„zahlen.“

Die Begründung läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen:

1. Der Kläger ist anerkanntermaßen mit seinem Gütergewerb Senntengenosse der Sente Unterort und zu 1/6 Antheilhaber der dortigen Sennhütte.
2. Der Hauptzweck der Vereinigung einer größern Anzahl Landwirthe zu einer Senntengenossenschaft und die damit nöthig

gewordene Erbauung einer Sennhütte besteht darin, den Genossen den Absatz ihrer Milch zu ermöglichen, was ohne eine solche Vereinigung an vielen Orten weniger möglich wäre.

3. Beim Mangel statutarischer Vorschriften, welche Rechte und Pflichten der einzelnen Genossen festsetzen, muß davon ausgegangen werden, daß gemäß dem genannten, durch die Verbindung selbst vorgesehenen Zweck solcher Genossenschaften, das Recht des einzelnen Genossen darin bestehe, auch dann, wenn die Genossenschaft die Käserei nicht auf eigene Rechnung betreibt, sondern der Senn die Milch der Genossen ankauft, seine Milch mit derjenigen der übrigen Genossen zum Verkaufe zu bringen und in die Hütte abzuliefern und daß er in diesem Rechte, so lange er zu der Genossenschaft gehört, weder durch einen Mehrheitsbeschluß, *noch durch die Milchkäufer* beschränkt oder beeinträchtigt werden darf. Daß die Verbindung solcher Hüttengenossen nach Art und Zweck ihrer Vereinigung corporativen Charakter hat, kann mit Grund nicht bestritten werden, aber auch wenn deren Vereinigung mehr den Charakter einer bloß gesellschaftlich wirthschaftlichen Zwecken dienenden Verbindung hätte, so würde das gemäß diesem Gesellschaftszwecke an der rechtlichen Auffassung dieses Verhältnisses nichts ändern. Ieder Milchkäufer weiß, daß, wenn er mit den Senntengenossen einen Kauf über ihre Milch abschließt, *alle Genossen* berechtigt sind, ihre Milch zu den vereinbarten Bedingungen abzuliefern und er darf dieses Recht gerade so wenig ignoriren, wie die Mitgenossen.

4. Die Consequenz dieser Ausführungen ist die, daß, wenn in einer Versammlung von Senntengenossen die Milch zur Lieferung in die Sennhütte verkauft wird, ein solcher Kaufsabschluß für alle Senntengenossen gilt, also auch für diejenigen, welche dabei nicht mitgewirkt haben, alle aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet werden. Somit kann Kläger den Kaufvertrag vom 27. Oktober 1885 ebenfalls für sich anrufen und kraft demselben verlangen, daß Beklagter seine Milch abnehme.

5. Daraus folgt weiter, daß der Beklagte die Milch des Klägers bisher in unberechtigter Weise zurückgewiesen hat und daher schuldig ist, den ihm dadurch gestifteten Schaden zu ersetzen, dieser aber ist nach richterlichem Ermessen auf 7 Fr. per Woche festzusetzen.

Die Appellationskammer des Obergerichtes, an welche der Fall in Folge Berufung des Beklagten gelangte, entschied nach vorausgegangener Zeugeneinvernahme über den behaupteten ausdrücklichen Ausschluss des Klägers vom Kaufvertrag in umgekehrtem Sinne und wies demnach die Klage im ganzen Umfange ab.

Gründe:

1. Die Klage stützt sich auf einen schriftlichen Vertrag vom 27. Oktober 1885, betitelt „Kaufvertrag", welcher abgeschlossen wurde zwischen dem Beklagten und den Senntengenossen in Unterort-Wädensweil, und von dem das eine Exemplar unterzeichnet ist von Jean Streuli Namens der Senntengenossen, das zweite von den letztern inclusive Streuli und mit Ausnahme des Klägers. Sie ist gerichtet einerseits auf Erfüllung dieses Vertrages, anderseits auf Ersatz des Schadens, welcher dem Kläger in Folge Nichterfüllung desselben ihm gegenüber entstanden sein soll. Hiebei ist, was speziell die Schadensersatzforderung anbelangt, ausdrücklich zu bemerken, daß dieselbe nicht etwa auch aus außerkontraktlichem Verschulden begründet werden will. Der Kläger hat sich allerdings auf Art. 50 u. f. f. des O.-R. berufen, aber nur für Feststellung des Quantitatives seiner Forderung, nicht um diese im Prinzipe zu rechtfertigen.

2. Nach dieser Klarlegung des Klagefundamentes handelt es sich einzig darum, zu untersuchen, ob Kläger den Vertrag vom 27. Oktober 1885 für sich in Anspruch nehmen kann, und dies ist nur dann der Fall, wenn er entweder beim Vertragsschlusse als Mitkontrahent betheiligt war, oder jener sonst in auch für ihn rechtsverbindlicher Weise stattgefunden hat. Trifft keine dieser Voraussetzungen zu, so ist die Klage wegen mangelnder Aktivlegitimation zu verwerfen.

3. Nun hat Kläger von vornherein zugegeben, daß er der Versammlung vom 27. Oktober, in welcher die Milch an den Beklagten verkauft wurde, nicht beigewohnt hat und ihm auch nachher keine Gelegenheit geboten war, in den Vertrag einzutreten. Er kann somit Rechte aus dem letztern mit Erfolg nur herleiten, wenn anzunehmen ist, daß dessen Wirkungen kraft besonderer Gesetzesvorschrift oder gemäß dem Willen der eigentlichen Kontrahenten sich auch auf seine Person erstreckt haben.

4. Diese Annahme wäre unter Umständen begründet, wenn der in Frage stehenden Senntengenossenschaft die Qualität einer privatrechtlichen Korporation im Sinne der §§ 20 f. f. des Pr. G.-B. zukäme. Dann ließe sich allerdings die rechtliche Konstruktion, auf welcher offenbar die Begründung des erstinstanzlichen Urtheiles fußt, hören, wonach Mehrheitsbeschlüsse gemäß § 37 auch für die Minderheit verbindlich sind, und wenn es sich in concreto ergäbe, daß die Kontrahenten den Ausschluß des Klägers vom Vertrage beabsichtigt haben, darin eine Verletzung wohlerworbener Rechte des letztern im Sinne des § 38 zu erblicken wäre. Aber auch so noch müßte die Frage eine offene bleiben, ob Kläger ein Recht hätte, den heutigen Beklagten, welcher der Senntengenossenschaft nicht angehört, für eine Verletzung seiner Interessen verantwortlich zu machen, bezw. zu einem Vertragsabschlusse mit ihm zu zwingen, ganz abgesehen davon, daß nach dem Gesetze eine Anfechtung solcher Korporationsbeschlüsse nur innert der in § 39 bezeichneten Frist erfolgen kann. Indessen erscheint eine nähere Erörterung dieser Fragen deßhalb als überflüssig, weil vom Vorhandensein einer privatrechtlichen Korporation im vorliegenden Fall überall nicht zu sprechen ist. Der § 20 des Pr.-G.-B. macht die Entstehung eines derartigen Rechtsgebildes nach seinem klaren Wortlaute abhängig von der Aufstellung von Statuten, welche die Uebereinkunft mehrerer Korporationsmitglieder zu enthalten haben. Dieses Requisit ist von jeher als ein essentiale für die Annahme, daß sich ein Personenverband als privatrechtliche Korporation darstelle, betrachtet worden und es hat das Obergericht speziell bei Senntengenossenschaften wiederholt entschieden, daß solchen Verbindungen in Ermangelung eigentlicher Statuten die genannte rechtliche Qualität nicht zukomme (vergl. Ullm. Comm. Nr. 2699 und R. B. 1881, Nr. 24). Nun steht aber aktengemäß fest, daß die Senntengenossenschaft Unterort weder Statuten besitzt noch solche besaß, vielmehr ganz die gleiche mangelhafte Organisation aufweist, wie sie speziell in dem letztangeführten Präjudiz zur richterlichen Beurtheilung vorlag.

5. Gleichwohl wäre es an sich gedenkbar, daß der Vertrag vom 27. Oktober, obwohl der Kläger beim Abschluß desselben nicht selbst mitgewirkt hat, auch als für ihn verbindlich angesehen werden könnte, und es spricht hiefür aus zwei Gesichtspunkten sogar eine gewisse Vermuthung. Einmal kommt die rechtliche Stellung des Klägers als Miteigenthümer an der Sennhütte in Betracht in Verbindung mit der Vorschrift des § 562 l. 2 des Pr.-G.-B., wonach über die ordentliche Verwaltung und Benutzung des gemeinsamen Grundstückes die Mehrheit der ideellen Antheile entscheidet. Unzweifelhaft handelte es sich bei Abschluß des Vertrages vom 27. Oktober um die ordentliche Verwaltung und Benutzung und könnte dieser daher als für alle Genossen zu Stande gekommen gelten. Oder man faßt die Senntengenossen als einfache Gesellschaft im Sinne des Art. 524 f. f. des O.-R. auf; dann würde es sich fragen, ob nicht entgegen der Regel des Art. 543, wonach aus Verträgen mit Dritten nur die eigentlichen Kontrahenten berechtigt und verpflichtet werden, hier die Ausnahme des lemma 2 zuträfe, indem man annähme, der sog. Hüttenvogt habe den Vertragsschluß als Stellvertreter der übrigen Senntengenossen bewirkt und damit auch für den Kläger rechtsverbindlich gehandelt.

6. Indessen würde sich die Gutheißung der Klage aus einem dieser Gesichtspunkte selbstverständlich nur dann rechtfertigen, wenn der Wille der Kontrahenten darauf gerichtet gewesen wäre, den Vertrag auch für den Kläger als verbindlich zu gestalten, bezw. wenigstens ein entgegengesetzter Wille nicht erweisbar wäre. Sobald diese Voraussetzung nicht vor-

handen ist, so fehlt dasjenige obligatorische Band zwischen den Litiganten, aus welchem Kläger seine Klage herleitet, und es könnte dann gewiß nur in Frage kommen, ob jener die andern Miteigenthümer, weil sie in gewissem Sinne einseitig über die gemeinsame Sache disponirt haben, oder den angeblichen Stellvertreter Streuli, weil derselbe die ihm als Mandatar obliegenden Verpflichtungen verletzt, zur Verantwortung ziehen könne.

7. Nun hat aber der Beklagte schon vor erster Instanz ganz ausdrücklich den Beweis dafür anerboten, daß der Kläger bei Abschluß des Vertrages von diesem geradezu ausgeschlossen worden sei, indem er, der Beklagte, erklärt habe, er kontrahire mit den Senntengenossen nur, wenn Höhn nicht dabei sei, und der Vertragsabschluß dann auch in diesem Sinne stattgefunden habe. Dieses Beweisanerbieten war nach dem Gesagten ohne allen Zweifel erheblich, und es mußten daher die vom Beklagten angerufenen Zeugen einvernommen werden. In der That ist es denn dem Beklagten auch gelungen, in der heutigen Verhandlung den von ihm anerbotenen Beweis in geradezu glänzender Weise zu führen, indem sämmtliche Zeugen übereinstimmend deponirt haben, daß Bannert in der Versammlung vom 27. Oktober wiederholt und von Anfang an erklärt habe, er kaufe die Milch des Höhn nicht, und von keinem der anwesenden Senntengenossen gegen diese Willensäußerung Einwendungen erhoben worden seien, daß man vielmehr allseits der Meinung gewesen sei, es gelte der Vertrag nur für die andern Miteigenthümer und Milchlieferanten in Unterort. Unter diesen Umständen steht fest, daß der Vertrag vom 27. Oktober nach übereinstimmender Ansicht der Kontrahenten — und diese ist selbstverständlich hier maßgebend — sich auf den Kläger gar nicht bezieht, und daher von diesem weder dessen Erfüllung, noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann. Die Klage ist somit ohne Weiteres wegen mangelnder Aktivlegitimation des Klägers zu verwerfen.

Auszüge
aus
verschiedenen andern Urtheilen der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

I.
Ein verunglückter Eigenthumsvorbehalt.

Der Verkäufer eines Gewerbes und der auf diesem befindlichen Fahrhabe wollte sich, nachdem notarialische Fertigung und Besitzesantritt bereits stattgefunden hatten, für die ausgebliebene Anzahlung dadurch decken, daß er sich vom Käufer einen Schein des Inhalts ausstellen ließ, er, der Käufer, trete von dem ergangenen Kauf des Gewerbes *punkto Inventar* zu Gunsten des Verkäufers zurück, sodaß das Inventar mit heute bis zur Berichtigung der laut kanzleiischer Fertigung vereinbarten Kaufsanzahlung alleiniges und unbeschränktes Eigenthum des Letztern sei. Als dann die Fahrhabe später beim Käufer gepfändet wurde, trat der Verkäufer gestützt auf jenen Schein gegenüber dem Pfandansprecher als Vindicant auf, wurde aber abgewiesen. Der Begründung entnehmen wir folgende Stellen:

Wie Kläger selbst anerkennt, ging die Absicht der Contrahenten bei Abfassung der der Klage zu Grunde liegenden Urkunde dahin, ihm durch eine Art Eigenthumsvorbehalt, wie dieß bei Verkäufen häufig geschieht, das Eigenthum an den fraglichen Fahrhabegegenständen bis zur Bezahlung von 3000 bis 5000 Fr. an den Gesammtkaufpreis für Liegenschaften und Fahrhaben zu sichern. Allein ein Eigenthumsvorbehalt ist nur beim Verkaufe selbst denkbar und es ist rechtlich unmöglich und wäre auch aus praktischen Gründen höchst bedenklich, wenn man einen Verkäufer, der bereits das Eigenthum ohne Vorbehalt verkauft und auf den Käufer übertragen hat, nachträglich noch ein Recht geben wollte, durch bloßen Eigenthumsvorbehalt diesen Eigenthumsübergang wieder rückgängig zu machen. (10. April. Oetiker ca. Stern & Sohn.)

II.

Streit über die Frage, ob es eine zeitliche Beschränkung der Nachpfändungsbefugniss gebe.

Der im oben erwähnten Falle als Beklagter ins Recht gefaßte Pfandansprecher stützte sein Pfandrecht auf eine Nachpfändung vom 5. Dezember 1885, während die Hauptpfändung schon am 31. Januar 1884 stattgefunden hatte, und es erhob nun der Kläger unter Anderm den Einwand, der Beklagte habe nach Ablauf von beinahe 2 Jahren seit der Hauptpfändung keine Nachpfändung mehr verlangen können, das angesprochene Pfandrecht sei deßhalb ungültig und Beklagter folglich gar nicht legitimirt, seine (des Klägers) Eigenthumsansprache anzufechten. Dieser Einwand wurde indeß verworfen.

Gründe:

Der § 68 des Schuldbetreibungsgesetzes sagt, daß die Nachpfändung bei einem ungenügenden Pfandscheine auch dann statthaft sei, wenn das Pfandrecht nach Ablauf der sechsmonatlichen Frist des § 75 erloschen sei und da das Gesetz keine weitere Einschränkung enthält und nirgends eine Frist festsetzt, innert welcher ein Nachpfändungsbegehren gestellt werden müßte, so ist letzteres überhaupt an keine Frist gebunden. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß es auf unbeschränkte Zeit hin noch zulässig sei; denn die Forderung kann natürlich auf die verschiedenste Weise, namentlich durch Verjährung untergehen, und so bald die Forderung untergegangen ist, fällt auch das Pfandrecht resp. das Recht, Nachpfändung zu verlangen. Im vorliegenden Falle steht aber außer Zweifel, daß die Forderung der Beklagten an den Pfandschuldner noch zu Recht besteht und es ist daher auch das durch Nachpfändung erworbene Pfandrecht, obschon die Nachpfändung erst mehr als ein Jahr nach dem Datum des Pfandscheins stattgefunden hat, vollkommen rechtsgültig.

III.

Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.

In einem Prozesse über Haftpflicht aus Fabrikbetrieb wurde dem Bezirksgericht, welches die Klage mit der kurzen Begründung abgewiesen hatte, es stehe nicht fest, daß *die Mühle* des Beklagten eine Fabrik im Sinne des Bundesgesetzes vom 23. März 1877 sei, geantwortet:

Die Thatsache, daß die Mühle des Beklagten bis jetzt noch nicht in das Verzeichniß der Fabriken aufgenommen worden ist, beweist selbstverständlich noch nicht, daß die Mühle eine Fabrik im Sinne des Gesetzes *nicht* sei. Dem Bundesrath steht nach dem Gesetze die Entscheidung über diese Frage zu und es ist derselbe deßhalb zu ersuchen, diese Entscheidung zu treffen. (3. April 86. Widmer c. Hüppi.)

IV.

Retentionsrecht

(Art. 224 des O.-R.).

Erforderniss der Connexität zwischen Forderung und Gegenstand der Retention.

Ein Geschäftsagent, der einem seiner Clienten verschiedene, durchaus von einander unabhängige Geschäfte besorgt hatte, meldete in dem später über den letztern ausgebrochenen Konkurse eine Forderung von ca. 700 Fr. an und machte hiefür ein Retentionsrecht geltend an einem Wechsel im Betrage von 300 Fr. und einem Obligo von 350 Fr. Forderung und Retentionsrecht wurden bestritten, die erstere indessen gerichtlich gutgeheißen, das Retentionsrecht aber verworfen. Wir entnehmen dem bezüglichen Entscheid, soweit er sich auf das Retentionsrecht bezieht, die folgenden Erwägungen:

Nach Art. 224 des O.-R. steht dem Gläubiger für seine fällige Forderung ein Retentionsrecht an beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners zu, sofern:

a) die benannten Gegenstände sich mit dem Willen des Schuldners in seinem Besitze befinden, — und
b) Forderung und Gegenstand der Retention in einem Zusammenhange stehen.

Offenbar hat Rekurrent das Obligo und den Wechsel zur Eintreibung vom Konkursiten erhalten, das unter a bezeichnete Erforderniß trifft daher zu. Ebenso aber auch das andere Erforderniß, wenn Rekurrent aus dem Inkasso-

geschäft, das von ihm ohne Erfolg durchgeführt wurde, noch Forderungen an den Konkursiten zu stellen hat. Insoweit waren die Sachen, deren Retention beansprucht wird, das passive Object, für welches seitens des Retinenten etwas geschehen ist, was eine Forderung gegenüber dem Schuldner begründet und soweit besteht auch die erforderliche Connexität zwischen Forderung und Gegenstand (vide Streuli, das Retentionsrecht nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht, Seite 59 und folgende.) Nicht aber kann dieses Retentionsrecht für die übrigen Forderungen aus anderweitiger Geschäftsbesorgung für den Cridaren in Anspruch genommen werden, weil das Retentionsrecht in dieser Ausdehnung nur unter Kaufleuten besteht O.-R. Art. 224, Abs. 2, Streuli a. a. O.). Somit kann das Retentionsrecht beansprucht werden für die vom Rekurrenten eingelegte Rechnung betr. Bemühungen i. S. David Keller im Betrage von 24 Fr. 20 Rp. Dazu kommt eine Baarauslage im Betrage von 40 Fr., total 64 Fr. 20 Rp. Diesen Ausgaben stehen aber Einnahmen *aus derselben Geschäftsbesorgung* im Betrage von 80 Fr. gegenüber und es hat sonach Rekurrent aus dem bezeichneten Geschäfte weder etwas zu fordern noch etwas zu retiniren (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 9. März 1886 i. S. Wyder).

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Juni 1886. V. Band. № 10.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Poststellen** in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in **allen Buchhandlungen** abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Orell, Füssli & Comp.** in **Zürich.**

Urtheil

des

Schweizerischen Bundesgerichtes

vom 10. April 1886

in Sachen

der *Gesellschaft für Begründung einer rechtsufrigen Zürichseebahn,* Klägerin und Rekurrentin,

gegen

die *schweizerische Nordostbahngesellschaft* in Zürich, Beklagte und Rekursbeklagte, betreffend Dividendenauszahlung *(pro 1884).*

Anspruch des Gläubigers einer Actiengesellschaft auf Erlaß eines Dividendenauszahlungsverbotes gegenüber der Schuldnerin *wegen Entnahme der beschlossenen Dividende aus dem Grundkapital.* Derselbe ist immer nach dem zur Zeit der gefährdenden Rechtshandlung des Schuldners (Aufstellung der falschen Bilanz) geltenden Recht zu beurtheilen.

Das Bilanzirungsrecht der Eisenbahngesellschaften wird zunächst ausschließlich und nicht nur im Verhältniß zum Bund, sondern gegenüber Jedermann durch das eidgenössische Rechnungsgesetz und bloß subsidiär durch das O.-R. normirt. Die Amortisationsquoten und Amortisationsperioden für verlorene Theile des Grundkapitals werden vom Bundesrath definitiv und für Jedermann maßgebend festgesetzt.

Eine noch unerfüllte Bauverpflichtung ist jedenfalls nicht im Umfange der veranschlagten Baukosten, sondern höchstens im Umfange eines durch die Bauausführung erweislich entstehenden Verlustes unter die Passiven der Bilanz aufzunehmen.

Thatsächliches:

A. Durch Vertrag vom 5. Juni 1873 übernahm die Nordostbahngesellschaft gegenüber der Gesellschaft für Begründung einer rechtsufrigen Zürichseebahn den Bau und Betrieb einer Eisenbahn vom Zürcher Bahnhof längs dem rechten Ufer des Zürichsees bis nach Feldbach oder Rapperswyl. Zu Anfang des Jahres 1877 brach über die Nordostbahn eine Krisis herein, so daß die Gesellschaftsorgane erklärten, außer Stande zu sein, die übernommenen zahlreichen Bauverpflichtungen zu erfüllen. Es wurden deßhalb Unterhandlungen zwischen der N. O. B. und den Interessenten an den verschiedenen, von der Nordostbahn zum Bau übernommenen Eisenbahnlinien angebahnt. Am 16. Januar 1878 kam zwischen den heutigen Parteien eine als „Zusatzvertrag

betreffend Moratorium" betitelte Uebereinkunft zu Stande, deren Art. 1 festsetzt: „Die Be„stimmungen des am 3. und 4. Mai und 1. Juni „1877 von den Unternehmungen Bülach-Schaff„hausen, Etzweilen-Schaffhausen, Thalweil„Zug und Koblenz-Stein der Nordostbahn ge„währten Moratoriums, wonach bis Ende 1885 „die Bauten eingestellt bleiben dürfen und „der Bundesrath darüber zu entscheiden hat, „ob dannzumal die Nordostbahngesellschaft „wieder genügend erstarkt sei, um die Ar„beiten wieder aufzunehmen und in welcher „Reihenfolge dies zu geschehen habe, finden „auch auf die rechtsufrige Zürichseebahn An„wendung."

B. Am 30. Juni 1881 beschloß die Generalversammlung der N. O. B., für das Jahr 1880 den Prioritätsactionären eine Dividende von 5,78% auszurichten, durch Entscheidungen der kantonalen Gerichte wurde jedoch die Vertheilung dieser Dividende auf die Einsprache der Klägerin hin als unzulässig erklärt (siehe Nr. 1 und 12 dieser Blätter vom Jahrgang 1883.) Ebenso opponirte die letztere in der Folge gegen die von der Nordostbahngesellschaft für die Jahre 1881, 1882 und 1883 gefaßten Dividenden-Vertheilungsbeschlüsse und siegte mit ihren sachbezüglichen Klagen vor den kantonalen Gerichten im Wesentlichen ob. In den die Dividende für das Jahr 1880 betreffenden Entscheidungen hatten beide kantonalen Instanzen wesentlich auf § 989 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches abgestellt, welcher vorschreibt, daß der Gläubiger einer befristeten Forderung, wenn er zu bescheinigen vermöge, daß der Schuldner Einleitung treffe, um sich der künftigen Erfüllung widerrechtlich zu entziehen, auf Sicherheitsmaßnahmen antragen könne. In den die spätern Jahre 1881, 1882 und 1883 betreffenden Entscheidungen hielt die erste Instanz principiell an diesem Gesichtspunkte fest, die zweite dagegen erklärte denselben als für diese Jahre nicht mehr zutreffend, untersagte dagegen die Dividendenvertheilung deßhalb, weil ein Reingewinn über das Grundkapital hinaus nicht vorhanden sei, die Dividende also dem Grundkapital entnommen werden müßte, was als rechtlich unstatthaft erscheine und wogegen die Klägerin als Gläubigerin zu opponiren berechtigt sei.

C. Für das Rechnungsjahr 1884 ergab sich nach den Berechnungen der Organe der Nordostbahngesellschaft ein Reinertrag von Fr. 864,522. 64 einschließlich Fr. 154,436. 33 Saldo vom Jahr 1883. Die Generalversammlung der Actionäre beschloß am 26. Juni 1885, diesen Reinertrag in folgender Weise zu verwenden: Fr. 660,000 durch Zutheilung als 6%ige Jahresdividende pro 1884 an die Prioritätsactionäre und Fr. 204,522. 64 Vortrag auf neue Rechnung. Die Klägerin erhob nun abermals gegen die Vertheilung dieser Dividende rechtliche Einsprache und das Bezirksgericht Zürich erklärte die bezügliche Klage durch Urtheil vom 4. November 1884 gemäß dem Klageantrag dahin als begründet, daß es aussprach, die Beklagte sei nicht berechtigt, aus den Betriebseinnahmen des Jahres 1884 Dividenden an ihre Actionäre auszubezahlen oder ihnen Dividenden in der Weise gutzuschreiben, daß ihnen schon gegenwärtig wirkliche Forderungsrechte entstehen. *Die Appellationskammer des Obergerichtes dagegen wies die Klage mit Urtheil vom 26. Dezember 1885 (siehe Nr. 2 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang) im wesentlichen aus folgenden Gründen ab*:

Wenn geprüft werden solle, ob die Einsprache der Klägerin gegen die von der Beklagten beschlossene Dividendenaustheilung deßhalb begründet sei, weil die Dividende dem Grundkapital entnommen werde, so müsse zunächst untersucht werden, unter welchem Rechte die N. O. B. bezüglich der Aufstellung ihrer Bilanz für 1884 stehe; entsprechen die von der N. O. B. bei Aufstellung ihrer Bilanz für 1884 angewendeten Grundsätze dem hiefür geltenden Rechte, so sei die N. O. B. (von andern Einspruchsgründen abgesehen) auch berechtigt, den demnach sich ergebenden Reingewinn unter ihre Actionäre zu vertheilen, selbst wenn ihr Grundkapital noch nicht vollständig ergänzt sein sollte. Maßgebend für die Aufstellung der Bilanz für 1884 sei aber das Gesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften und subsidiär das schweiz. O.-R., nicht aber, wie die Klägerin und mit ihr die erste Instanz glauben, das

zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch. Die Ansicht, daß die Gäubiger einer vor dem 1. Januar 1883 schon bestandenen Aktiengesellschaft, welche zudem schon vor diesem Zeitpunkte Gläubiger geworden seien, ein wohlerworbenes Recht aus dem Obligationsverhältnisse daraus besitzen, daß die Bilanz, so lange sie Gläubiger bleiben, nach den Grundsätzen des im Zeitpunkte der Entstehung ihrer Forderung geltenden Rechts aufgestellt werde, sei unhaltbar. Die Bilanzirungsgrundsätze einer Actiengesellschaft gehören nicht zu dem das Verhältniß derselben zu ihren Gläubigern regulirenden Vertragsrechte. Jeder, der mit einer Aktiengesellschaft kontrahire, unterwerfe sich damit von vornherein den jeweiligen Bilanzirungsgrundsätzen, welchen seine Schuldnerin unterstehe. Die gegentheilige Auffassung würde auch gegen den klaren Willen des eidgenössischen Gesetzgebers verstoßen und zu Absurditäten führen. Hätten die alten Gläubiger wirklich ein so weitgehendes Recht, so hätte dies zur Folge, daß die Bilanzirungsgrundsätze des Art. 656 des O.-R. bei vielen Aktiengesellschaften noch lange auf ihre Anwendung warten müßten und daß namentlich die Art. 2—4 E. R. G. faktisch gar nie vollzogen werden könnten. Auch aus Art. 898 des O.-R. folge die Unhaltbarkeit der gegentheiligen Ansicht. Nach Abs. 2 des cit. Gesetzes müßte, wenn die Actiengesellschaften wirklich ihren Gläubigern gegenüber verpflichtet wären, nach dem zur Zeit der Entstehung ihres Forderungsrechtes geltenden Rechte ihre Bilanz aufzustellen, dem neuen Gläubiger zweifellos vom 1. Januar 1888 an das Recht eingeräumt werden, Bilanzirung nach den Grundsätzen des eidg. O.-R. zu verlangen. Es entstünde also eine Collision zwischen dem Recht der alten und der neuen Gläubiger, welche, da doch eine Actiengesellschaft ihre Bilanz nur nach *einem* Rechte aufstellen könne, zu Gunsten der neuen Gläubiger d. h. zu Gunsten der Anwendung des neuen Rechtes gelöst werden müßte. Dafür spreche auch die Textirung des Art. 898 Abs. 1 des O.-R. Die durch Art. 898 des O.-R. resp. Art. 4 der Uebergangsbestimmungen zum E. R. G. geschaffene Ausnahme von der Anwendung des neuen Rechts treffe in casu nicht zu. Denn durch diese Bestimmungen werden die Actien- resp. Eisenbahngesellschaften nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, die Anwendung des alten Rechtes bis zu einem gewissen Zeitpunkte zu verlangen. Gegen die Anwendung des E. R. G. erhebe nun aber die Klägerin die weitere Einwendung, daß dasselbe überhaupt keine civilrechtlichen Vorschriften enthalte und daher den Privatrechten der Gläubiger, gegen Vertheilung eines Reingewinnes, der nicht nach den Grundsätzen des eidg. O.-R. ausgerechnet sei, zu opponiren, keinen Abbruch thun könne. Dasselbe sei ein reines Verwaltungsgesetz und begründe nur für den Bundesrath Befugnisse öffentlich-rechtlicher Natur. Die Rechtsstellung der Gläubiger berühre es nicht; diese normire sich nach wie vor nach den privatrechtlichen Bestimmungen des eidg. O.-R. Diese Ansicht der Klägerin müsse aber, und zwar gerade in Betreff der praktisch hier einzig in Frage kommenden Bilanzvorschrift des E. R. G., entschieden verworfen werden. Thatsächlich handle es sich einzig und allein um die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des Grundsatzes des Art. 4 Abs. 2 des E. R. G. Wenn dieser Grundsatz außer Kraft zu bleiben habe, so liege ein vertheilbarer Reingewinn nicht vor, sondern es sei der ganze Ueberschuß der Betriebseinnahmen zu Abschreibungen an dem verloren gegangenen Theile des Grundkapitals (mit einziger Ausnahme der auch nach dem O.-R. allmälig amortisirbaren Cursverluste) zu verwenden. Daß nun das E. R. G. kein bloßes Verwaltungsgesetz, sondern, wenigstens theilweise, auch privatrechtlicher Natur sei, zeige schon sein Titel und die Art und Weise, wie derselbe zu Stande gekommen sei, wofür auf den Bericht der nationalräthlichen Commission vom 26. Oktober 1883 (S. 5) verwiesen werde; das gleiche spreche auch Art. 1 des Gesetzes selbst, wenn auch weniger deutlich aus. Inhaltlich zerfalle das E. R. G. in drei verschiedene Theile. Der erste, die Vorschriften über Aufstellung der Rechnungen und Bilanzen der Eisenbahngesellschaften enthaltende Theil (Art. 1—4) sei zweifellos privatrechtlicher Natur. Oeffentlich-rechtlicher Natur dagegen sei allerdings der in Art. 5 enthaltene zweite

Theil, wodurch dem Bundesrathe das Recht, über die Innehaltung der im ersten Theile aufgestellten Bilanzgrundsätze zu wachen, eingeräumt werde. Der in Art. 6 enthaltene dritte Theil des Gesetzes falle hier außer Betracht. Unter die privatrechtlichen Grundsätze des Art. 4 sei nun auch die Bestimmung eingereiht, daß der Bundesrath nach Einholung eines Amortisationsplanes der Gesellschaft die zu ersetzende Gesammtsumme festzusetzen und zu bestimmen habe, in welcher Frist und in welchen Beträgen der Ersatz zu geschehen habe. Damit habe der Gesetzgeber seinen Willen kund gegeben, daß auch diese Bestimmung privatrechtlicher Natur sein solle. Eigenthümlich bleibe immerhin, sei aber durch die besondern Verhältnisse gerechtfertigt, daß hier eine Administrativbehörde in zunächst privatrechtlichen Angelegenheiten eine so bedeutende Competenz ausübe. Auch die aus den Berichten des Bundesrathes und der Commissionen der Bundesversammlung sowie aus der Berathung der Bundesversammlung zu schöpfenden Interpretationsmomente sprechen, wie des Nähern ausgeführt wird, überwiegend für die privatrechtliche Natur der vier ersten Artikel des Gesetzes. Die Klägerin habe also kein Recht, zu verlangen, daß die Beklagte ihre Bilanz nach den Grundsätzen des schweiz. O.-R. statt nach denjenigen des E. R. G. aufstelle. Damit sei aber allerings die weitere Frage noch nicht entschieden, ob sich die Klägerin auch materiell den Entscheid des Bundesrathes, welcher die so aufgestellte Bilanz genehmigt habe, gefallen lassen müsse, d. h. ob sie nicht ein selbstständiges Prüfungsrecht darüber besitze, ob die Bilanz wirklich nach den gesetzlichen Grundsätzen aufgestellt sei. Diese Frage brauche indess hier nicht entschieden zu werden, weil die Klägerin die Bilanz nur in einem einzigen Punkte und zwar offenbar ohne Recht anfechte. Die Klägerin glaube nämlich, anschließend an eine Aeußerung der ständeräthlichen Commissionsmehrheit, die Moratoriumsverpflichtungen seien gleich andern Schulden unter die Passiven der Bilanz zu stellen. Davon könne nun aber keine Rede sein. Allerdings seien die Verpflichtungen der N. O. B. gegenüber den Moratoriumsberechtigten obligatorische Verpflichtungen; ja die N. O. B. werde in Folge derselben sogar zu einer Ausgabe von ca. 35 Millionen Franken genöthigt werden. Allein diese Verpflichtungen seien keine Schulden im gewöhnlichen Sinne des Wortes; denn es sei damit ein Gegenwerth verbunden, welcher, wenn auch nicht faktisch, so doch rechtlich der zu machenden Ausgabe vollständig gleichkomme. Die N. O. B. brauche daher ihre Verpflichtungen gegenüber den Moratoniumsberechtigten nicht in einer bestimmten Summe unter die Passiven zu stellen resp. sie dürfe, wenn sie dies thue, also z. B. 35 Millionen unter die Passiven bringe, sofort auch den ganz gleichen Posten unter die Aktiven aufnehmen, da nach Art. 2 E. R. G. alle Eisenbahnlinien nach ihrem Bauwerth in die Aktiven der Bilanz zu stellen seien. Die Klägerin könne daher mit ihrer Einsprache nur aufkommen, wenn sie dieselbe auf andere Gründe als die angeblich unrichtige Bilanzirung zu stützen vermöge. Schon in den früheren Urtheilen der Appellationskammer sei nun aber ausgeführt worden, daß solche Gründe nur in § 989 des privatrechtlichen Gesetzbuches des Kantons Zürich gefunden werden könnten. Diese Gesetzesbestimmung treffe aber gegenwärtig in keiner Weise mehr zu, wofür, da sich die Verhältnisse seither nicht geändert haben, auf die frühere Entscheidung der Appellationskammer vom 30. Dezember 1884 verwiesen werden könne.

D. Gegen dieses Urtheil erklärte Rekurrentin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Vertreter unter eingehender Begründung und indem er erklärt, er halte alle vor den kantonalen Instanzen vorgebrachten Behauptungen, Bestreitungen, Beweisanerbieten und Rechtsstandpunkte aufrecht, es sei unter Aufhebung des zweitinstanzlichen Urtheils die erstinstanzliche Entscheidung wieder herzustellen und demnach zu erkennen, die Beklagte sei nicht berechtigt, aus den Betriebseinnahmen des Jahres 1884 Dividenden an ihre Actionäre auszubezahlen oder ihnen Dividenden in der Weise gutzuschreiben, daß ihnen schon gegenwärtig wirkliche Forderungsrechte entstehen; eventuell, für den Fall, daß das Bundesgericht sich incom-

petent erklären sollte, werde beantragt, das Bundesgericht möchte aussprechen, es komme hier eidgenössisches Recht überall nicht zur Anwendung. Der Anwalt der N. O. B. dagegen beantragt, es seien die gegnerischen Haupt- und Nebenanträge unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Es kann nicht mehr in Frage kommen, ob durch den Bau- und den Stundungsvertrag für die N. O. B. die vertragliche Verpflichtung begründet worden sei, sich bis nach Erfüllung ihrer durch diese Verträge begründeten Verbindlichkeiten jeder Dividendenvertheilung an ihre Actionäre zu enthalten; eine solche vertragliche Verpflichtung ist heute nicht mehr behauptet worden, gegentheils hat der klägerische Vertreter erklärt, es werde sich eine solche kaum mehr behaupten lassen; und überdem wäre dieselbe offenbar nicht nach eidgenössischem, sondern nach dem zur Zeit des Abschlusses der genannten Verträge geltenden kantonalen Rechte zu beurtheilen. Das Bundesgericht wäre daher in dieser Richtung zu Ueberprüfung der kantonalen Entscheidung überall nicht competent.

2. Demnach kann sich nur noch fragen, ob nicht die beschlossene Dividendenaustheilung für 1884 eine rechtswidrige Handlung enthalte, welcher gegenüber der Klägerin Kraft Gesetzes ein Anspruch auf Sicherung bezw. ein Verbietungsrecht zustehe.

3. Die Klägerin leitet ein solches zunächst aus Art. 172 des O. R. her. Diese Gesetzesbestimmung ist aber der Zeit nach hier nicht anwendbar. Dieselbe normirt die Wirkung bedingter Rechtsgeschäfte während des Schwebens der Bedingung; sie ist daher, gemäß Art. 882 O. R. nur auf solche Rechtsgeschäfte anwendbar, welche unter der Herrschaft des O. R. abgeschlossen werden. Uebrigens hat ja die Klägerin — und wohl mit Recht — vor den kantonalen Instanzen stets vortragen lassen, das durch den Bau- und Moratoriumsvertrag begründete Rechtsverhältniß sei kein bedingtes sondern ein unbedingtes; nur die Erfüllungsfrist sei zufolge Stundung hinausgeschoben. Art. 172 O. R. würde also auch inhaltlich nicht zutreffen.

4. Des weitern — und das einzig kann ernstlich in Frage kommen — behauptet die Klägerin, die beschlossene Dividendenvertheilung sei eine rechtswidrige deßhalb, weil eine Dividende nicht wirklich verdient sei, sondern nur aus dem Grundkapital bezahlt werden könnte; ihr, als Gesellschaftsgläubigerin stehe ein Einspruchsrecht gegen eine derartige Schwächung des Grundkapitals zu. In dieser Beziehung nun ist gewiß der Zeit nach eidgenössisches und nicht kantonales Recht anwendbar; dies ist von der Vorinstanz mit zutreffenden Gründen gerechtfertigt worden und die Klägerin hat heute die Behauptung, daß kantonales Recht anwendbar sei, nicht erneuert. Es mag daher hierüber nur bemerkt werden: Sofern den Gläubigern einer Aktiengesellschaft ein Recht gegen die Gesellschaft auf Unterlassung der Vertheilung fiktiver Dividenden zu klagen wirklich zusteht, ist dieses Recht jedenfalls nicht ein vertragliches, sondern ein gesetzliches. Allerdings steht dasselbe den Gläubigern in dieser ihrer Eigenschaft (als Gläubigern) zum Schutze ihrer Forderungsrechte zu; allein es hat seinen Entstehungsgrund doch nicht in den die einzelne gläubigerische Forderung begründenden juristischen Thatsachen, sondern es entsteht, ähnlich wie der paulianische Anspruch, kraft Gesetzes aus der die Gläubigerrechte gefährdenden Rechtshandlung des Schuldners. Es ist daher in Bestand und Umfang, wie der paullianische Anspruch, nicht nach dem zur Zeit der Begründung des gefährdeten Gläubigerrechtes, sondern nach dem zur Zeit der gefährdenden Rechtshandlung des Schuldners gültigen Rechte zu beurtheilen; es empfängt nicht durch das zur Zeit der Begründung der gläubigerischen Forderung geltende Recht seine definitive Gestaltung, sondern wandelt sich mit den Grundsätzen des objektiven Rechts über den Schutz der Gläubiger gegen gefährdende Rechtshandlungen des Schuldners resp. speziell einer schuldnerischen Aktiengesellschaft.

5. Ist aber eidgenössisches Recht anwendbar, so kann kein Zweifel darüber obwalten, daß das anwendbare Gesetz das E. R. G.

und subsidiär das O. R. und nicht, wie die Klägerin meint, ausschließlich das O. R. ist. Daß das E. R. G. der Zeit nach anwendbar sei, hat die Klägerin, und zwar gewiß mit Recht, nicht bestritten. Die Meinung dagegen, daß die materiellen Grundsätze des E. R. G. nur für das Verhältniß des Bundes zu den Eisenbahngesellschaften, nicht aber für das Verhältniß letzterer zu Dritten gelten, ist eine durchaus und offenbar unhaltbare. Deren Widerlegung folgt zur Evidenz aus dem Texte, der ganzen Haltung und dem Zwecke des Gesetzes. Das E. R. G. will, wie sich aus seinem Art 1. unzweideutig ergibt, die Grundsätze des O. R. über die Aufmachung der Bilanz der Aktiengesellschaften für die Eisenbahngesellschaften theilweise modifiziren und ergänzen. Die modifizirten Bilanzgrundsätze des E. R. G. sollen also für die Eisenbahngesellschaften an Stelle der für die andern Aktiengesellschaften unverändert geltenden entsprechenden Bilanzgrundsätze des O. R. treten. Daraus folgt doch ganz von selbst, daß den Bilanzgrundsätzen des E. R. G. für die Eisenbahngesellschaften die ganz gleiche Bedeutung wie den entsprechenden Vorschriften des O. R. für die übrigen Aktiengesellschaften zukommen muß, daß sie also mit und in erster Linie gerade dafür entscheidend sein sollten, ob ein vertheilbarer Reingewinn vorliege; liegt ein Reingewinn nach einer gemäß den Vorschriften des E. R. G. aufgestellten Bilanz wirklich vor, so darf derselbe von Gesetzes wegen auch vertheilt werden. Vollständig richtig ist freilich, daß das E. R. G., so wenig wie das O. R., allfällig gegenüber einzelnen Gläubigern gültig eingegangenen privatrechtlichen Verpflichtungen einer Eisenbahngesellschaft, die Vertheilung eines vorhandenen Reingewinnes während eines gewissen Zeitraums oder bis zu Befriedigung des betreffenden Gläubigers zu unterlassen, präjudizirt. Allein hierum kann es sich in casu, wie oben bemerkt, gar nicht mehr handeln. Es frägt sich in casu nicht, ob ein vorhandener Reingewinn zufolge besonderer kontraktlicher Verpflichtungen (oder auch besonderer statutarischer Bestimmungen) nicht vertheilt werden dürfe, sondern ob ein Reingewinn wirklich und nicht blos scheinbar vorliege bezw. nach welchem Gesetze diese Frage zu beantworten sei. Die Entstehungsgeschichte des E. R. G. beweist, wie die Vorinstanz eingehend gezeigt hat, nichts für die klägerische Ansicht. Sollten übrigens auch einzelne bei der Ausarbeitung des Gesetzes betheiligte Faktoren unrichtigen Ansichten über die Tragweite des Gesetzes sich hingegeben haben, so wäre dies für die Interpretation vollständig unerheblich. Gesetz ist nicht Wille oder Meinung der Gesetzesverfasser oder Berather, sondern Getetz ist bloß der im Gesetzestexte verkörperte Staatswille.

6. Ist also das E. R. G. und bloß subsidiär das O.-R. anwendbar, so könnte sich fragen, ob nach ersterm Gesetze den Gesellschaftsgläubigern ein Recht überhaupt zustehe, sich der Vertheilung von Dividenden wegen Unrichtigkeit der Bilanz durch gerichtliche Klage zu widersetzen, oder ob nicht vielmehr die Entscheidung über die Richtigkeit der Bilanz, vorbehältlich der dem Bundesgerichte eingeräumten Befugnisse, vollständig in die Hände des Bundesrathes gelegt sei. Hier steht nun jedenfalls soviel fest, daß in Betreff der Amortisationsquoten und Amortisationsperioden für verlorene Theile des Grundkapitals die Entscheidung des Bundesrathes definitiv und für alle maßgebend ist und daß eine gerichtliche Anfechtung der Bilanz einer Eisenbahngesellschaft durch Gläubiger (oder Aktionäre) derselben nur aus andern Gründen, z. B. weil Passiven fälschlich nicht in die Bilanz eingestellt worden seien, möglich ist. Allein es kann nun dahingestellt bleiben, ob nach dem E. R. G. ein gerichtliches Anfechtungsrecht der Gläubiger überhaupt besteht. Denn die bundesräthlich genehmigte Bilanz der N. O. B. für 1884 ist von der Klägerin nur in Einem Punkte, in Bezug auf die Unterlassung, die aus den Bau- und Stundungsverträgen sich ergebenden Bauverpflichtungen der N. O. B. als Passivum in die Bilanz einzustellen, angefochten worden. Diese Bemängelung aber ist, so wie sie vorgebracht wurde, gewiß unbegründet. Es mag dahingestellt bleiben, ob die betreffenden Verpflichtungen in der Bilanz überhaupt berücksichtigt werden müs-

sen und ob ihnen nicht einfach als Aktivum der Bauwerth der künftigen Linien gegenübergestellt werden könne. Denn es ist klar, daß, selbst wenn die betreffenden Verpflichtungen in der Bilanz berücksichtigt werden müssen, jedenfalls nicht gefordert werden kann, daß sie einfach zum Betrage der präliminirten Baukosten als Passivum in die Bilanz eingestellt werden müssen, sondern daß höchstens ein aus Ausführung der fraglichen Verträge zu gewärtigender, schon jetzt als feststehend zu betrachtender Verlust der N. O. B. als Passivum einzustellen wäre. In dieser Richtung ist nun aber der Prozeß gar nicht instruirt worden und es kann daher die N. O. B. zu Einstellung eines solchen Passivpostens keinenfalls verhalten werden.

Schluss:

1. Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 26. Dezember 1885 sein Bewenden.

Urtheil

des

Scweizerischen Bundesgerichtes

vom 10. April 1886

in Sachen

der *schweizerischen Nordostbahngesellschaft* in Zürich, Beklagte und Rekurrentin

gegen

die *Gesellschaft für Begründung einer rechtsufrigen Zürichseebahn,* Klägerin und Rekursbeklagte, betreffend Dividendenaustheilung *für 1883.*

Die Bilanzgrundsätze des Obligationenrechtes (Art. 656) finden jedenfalls insofern auch auf früher, vor seinem Inkrafttreten ins Leben getretene Aktiengesellschaften Anwendung, als die Statuten dieser keine abweichenden Bestimmungen enthalten und selbst wo das letztere der Fall ist, kommt ernstlich in Frage, ob dieselben mit Rücksicht auf ihre zwingende Natur den abweichenden Statutenbestimmungen nicht dennoch vorgehen müssen, unter allen Umständen aber gelten die letztern nur bis Ende 1887. (Art. 898 des Obligationenrechtes.)

Eine Vertheilung von Dividenden ist nach dem Obligationenrecht nur statthaft, wenn das Grundkapital noch ungeschwächt vorhanden ist und die *gesetzmässig* aufgestellte Jahresbilanz *darüber hinaus* noch einen Reingewinn ergibt. —

Den Gläubigern einer Aktiengesellschaft steht nach dem O.-R. ein Einspruchsrecht gegen die Vertheilung nicht verdienter fiktiver Dividenden zu, sofern dadurch das ihnen verfangene Grundkapital der Gesellschaft geschmälert wird.

Thatsächliches:

A. Die Generalversammlung der Aktionäre beschloß am 30. Juni 1884, aus dem auf 2,288,242 Fr. 35 berechneten Reinertrage des Unternehmens für das Geschäftsjahr 1883 die Summe von 660,000 Fr. den Prioritätsaktionären als 6%ige Jahresdividende gutzuschreiben. Die Klägerin inhibirte die Ausführung dieses Beschlußes und klagte im ordentlichen Verfahren dahin, es sei die Beklagte nicht berechtigt, aus einem allfälligen Reinertrage ihrer Unternehmung für das Geschäftsjahr 1883 Dividenden an ihre Aktionäre auszurichten, sei es durch Bezahlung oder durch Gutschrift oder sonst wie.

B. Durch Urtheil vom 23. Dezember 1885 hieß die Appellationskammer des zürcherichen Obergerichtes die Klage gut und erkannte demgemäß:

Die Beklagte ist *nicht* berechtigt, aus den Betriebseinnahmen des Jahres 1883 Dividenden an ihre Aktionäre auszuzahlen oder ihnen Dividenden in der Weise gutzuschreiben, daß ihnen schon gegenwärtig wirkliche Forderungsrechte entstehen *(Siehe Nr. 2 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang pag. 30.)*

Diese Entscheidung beruht im wesentlichen auf den Erwägungen:

Das Recht, nach dessen Grundsätzen die Beklagte ihre Bilanz für das Rechnungsjahr 1883 aufzustellen habe, sei das eidg. O.-R.; die Ansicht, dass die Gläubiger einer schon vor dem 1. Jänner 1883 bestehenden Aktien-

gesellschaft, welche zudem schon vor diesem Zeitpunkte Gläubiger geworden seien, ein wohlerworbenes Recht darauf besitzen, dass auch nach Inkrafttreten des O.-R. die Bilanz nach den Grundsätzen des alten Rechts aufgestellt werde, sei unhaltbar. Nach den unangefochtenen Erhebungen des Bundesrathes befinden sich nun in der Bilanz der Beklagten für 1883 noch für ca. 11 Mill. fiktive Werthe, ohne die Kursverluste; es könne daher keinem Zweifel unterliegen, daß die Beklagte zu Vertheilung einer Dividende an ihre Aktionäre für das Jahr 1883 nach den Bestimmungen des eidg. Obligationenrechts nicht berechtigt sei, weil diese Dividende dem Grundkapital entnommen werden müßte. Zu dem ganz gleichen Resultate würde man übrigens auch bei Anwendung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches gelangen. Das neue eidgen. Gesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften ändere hieran nichts. Daß dasselbe direkt bereits auf die Bilanz für 1883 anwendbar sei, behaupte die Beklagte selbst nicht. Eine gewiße Bedeutung könnte ihm zwar dann nicht abgesprochen werden, wenn sich nachweisen ließe, daß der eidgenößische Gesetzgeber geglaubt habe, mit der Festsetzung von Art. 4 Abs. 2 (wodurch der Grundsatz ausgesprochen wurde, daß ähnlich wie bei den Kursverlusten auch bei andern fiktiven Aktiven eine allmälige Amortisation statthaft sei) kein neues Recht zu schaffen, sondern nur ein bereits bestehendes Gewohnheitsrecht gesetzlich zu sanktioniren. Dieser Nachweis lasse sich aber nicht erbringen; im Gegentheil ergebe sich aus den Berathungen des Gesetzes, daß man sich wohl bewußt gewesen sei, damit neues Recht zu Gunsten der Aktionäre der Eisenbahngesellschaft zu schaffen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die beklagte Nordostbahngesellschaft die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt: Es sei in Aufhebung des obergerichtlichen Urtheils die Vertheilung der von der Beklagten für 1883 beschlossenen Dividende als zuläßig zu erklären unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Jmmerhin erklärt er, daß die Nordostbahn auch für den Fall ihres Obsiegens bereit wäre, die erstinstanzlichen Kosten zu übernehmen.

Der Anwalt der Klägerin und Rekursbeklagten behaftet die Gegenpartei eventuell bei ihrer letzterwähnten Erklärung und trägt im Uebrigen in erster Linie darauf an, das Bundesgericht wolle sich incompetent erklären, in zweiter Linie, dasselbe wolle die Beschwerde der Beklagten abweisen und das obergerichtliche Urtheil bestätigen, beides unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Entscheidungsgründe:

1. Die von der Klägerin aufgeworfene Competenzeinrede wird darauf gestützt, daß für die Bilanzaufstellung der Beklagten für 1883 noch kantonales, nicht eidgenössisches Recht anwendbar sei. Diese Einwendung erscheint als unbegründet. Daß die Klägerin nicht etwa deßhalb die Anwendung des kantonalen Rechtes verlangen kann, weil ihr als alter Gläubigerin der N. O. B. ein wohlerworbenes Recht darauf zustehe, daß die Gesellschaft die Bilanzgrundsätze des alten, zur Zeit der Begründung der klägerischen Forderung geltenden objektiven Rechts anwende, ist bereits in dem heutigen Urtheile in Sachen der gleichen Parteien betreffend die Dividendenauszahlung für 1884 ausgeführt worden, so daß hier lediglich darauf verwiesen werden kann. Wenn sodann die Klägerin im heutigen Vortrage auf den Art. 898 O.-R. abgestellt hat, so erscheint auch dies nicht als zutreffend. Es mag dahin gestellt bleiben, ob der in Abs. 1 dieses Artikels aufgestellte Grundsatz, daß Statuten einer vor dem 1. Jänner 1883 rechtsgültig begründeten Aktiengesellschaft, welche den Vorschriften des Obligationenrechtes zuwiderlaufen, bis Ende 1887 unverändert bestehen dürfen, sich überhaupt auch auf die Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz erstreckt, oder ob nicht vielmehr die hierauf bezüglichen Gesetzesvorschriften mit Rücksicht auf ihre zwingende Natur, ohne Rücksicht auf allfällige entgegenstehende Statutenbestimmungen sofort zur Anwendung kommen müssen. Jedenfalls nämlich finden die Bestimmungen des O.-R. wie auf die übrige Verwaltung so speziell auf die Aufstellung der Bilanz von früher begründeten Aktiengesellschaften sofort von Inkrafttreten des O.-R. an Anwendung, wenn nicht

die Statuten abweichende, dem neuen Gesetze widersprechende Bestimmungen enthalten; nur für den letztern Fall ist den Aktiengesellschaften in Art. 898 cit. eine angemessene Frist, um sich dem neuen Recht zu accomodiren, eingeräumt. Nun liegt aber gar nicht vor, daß die Statuten der N. O. B. über die Bilanzaufstellung besondere, den im Art. 656 O.-R. niedergelegten Grundsätzen wiedersprechende Bestimmungen enthalten hätten. Es mag ja in der Praxis häufig genug gegen die Bilanzgrundsätze, wie sie nunmehr in Art. 656 O.-R. niedergelegt sind, verstoßen worden sein; grundsätzlich dagegen enthält diese Gesetzesbestimmung im wesentlichen kaum neues Recht, sondern nur die genauere Formulirung von Sätzen, welche, als der Natur der Aktiengesellschaft entsprechend, schon früker theoretisch anerkannt waren. Die Aufstellung der Bilanz der Beklagten für 1883 hat somit nach Maßgabe der Vorschriften des eidg. O.-R. zu geschehen. Das E. R. G. dagegen (welches erst auf 15. April 1884 in Kraft gtreten ist, s. B. Blatt 1884, II. Seite 362) findet auf diese Bilanz noch keine Anwendung. Wenn die Beklagte demselben eine gewisse Bedeutung mit Rücksicht auf seine Einwirkung, auf die zukünftige Gestaltung der Verhältniße beimessen zu wollen scheint, so kann dem gewiß nicht beigetreten werden. Es ist übrigens auch nicht recht klar geworden, inwiefern denn eigentlich die Beklagte dieses Gesetz hier angewendet wissen will.

2. Jn der Sache selbst ist evident, daß nach den Bestimmungen des O.-R. eine Vertheilung von Dividenden an die Aktionäre nur dann statthaft ist, wenn das (einbezahlte) Grundkapital ungeschwächt vorhanden ist und die gesetzmäßig aufgestellte Jahresbilanz darüber hinaus noch einen Reingewinn ergiebt. Solange das Grundkapital durch Verluste geschwächt ist, dürfen Dividenden nach dem Obligationenrecht auch dann nicht vertheilt werden, wenn das einzelne Bilanzjahr, für sich allein genommen, einen Ueberschuß der Einnahmen, also einen Gewinn, ergibt. Dieser Grundsatz (welchen allerdings beispielsweise das französische Recht nicht als einen zwingenden anzuerkennen scheint, vergl. Lyon-Caën u. Renault, Précis I. S. 241) folgt mit Nothwendigkeit aus Art. 630 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 656 Ziffer 6 des Gesetzes. Wenn Art. 630 Abs. 1 vorschreibt, daß Dividenden nur aus dem Reingewinn, der sich aus der Jahresbilanz ergibt, vertheilt werden dürfen, in die Jahresbilanz dagegen gemäß Art. 656 Ziffer 6 das Grundkapital, d. h. das volle, einbezahlte Grundkapital, als Passivum einzustellen ist, so folgt von selbst, daß Dividenden nur dann vertheilt werden dürfen, wenn das Grundkapital ungeschwächt vorhanden ist; denn andernfalls kann ja die Jahresbilanz einen Reingewinn unmöglich ergeben. Das Gesetz erblickt eben in der Ausrichtung von Dividenden bei geschwächtem Grundkapital eine unstatthafte Verminderung des letztern; das Grundkapital muß in erster Linie intakt erhalten und daher, wenn es durch Verluste geschwächt ist, aus den Einnahmeüberschüßen der spätern Jahre wieder hergestellt werden. So lange dies nicht geschehen ist, liegt ein Reingewinn im Sinne des Gesetzes nicht vor, so daß eine Dividende, da sie eben dem Grundvermögen bezw. einem nach dem Gesetze zu Wiederherstellung desselben bestimmten Vermögensbestandtheile entnommen werden müßte, nicht vertheilt werden darf.

3. Nun ist nicht zu bezweifeln, daß die Bilanz der N. O. B. für das Jahr 1883 einen vertheilbaren Reingewinn im oben angegebenen Sinne nicht aufweist. Es ist zwar gewiß, daß die Jahreseinnahmen die Ausgaben um ein beträchtliches überschreiten, allein ebenso gewiß ist, daß das Grundkapital der N. O. B. nicht intakt vorhanden, sondern durch Verluste geschwächt ist, welche durch die Einstellung fiktiver Aktiven in die Bilanz nur scheinbar, nicht wirklich gedeckt sind. Es genügt, hier darauf zu verweisen, daß unter den Aktiven der Bilanz auf 31. Dezbr. 1883 die von der N. O. B. für den Bau der Gotthardbahn erwähnte Subvention mit Frs. 4,260,000 eingestellt ist; diese Subvention aber repräsentirt gewiß kein wirkliches Aktivum. Denn ihr entspricht kein Forderungs- oder sonstiges geldwerthes Recht der N. O. B. und ebensowenig enthält dieselbe eine Verwendung auf den Bau der Linien dieser Gesellschaft, welche ja in die Bilanz höchstens

nach ihrem Bauwerthe eingestellt werden dürfen (Art. 656 Abs. 2 O.-R.) Wird aber auch nur dieser Posten aus den Aktiven der Bilanz entfernt, so liegt ein vertheilbarer Reingewinn für 1883 nicht vor.

4. Die Klage erscheint somit als begründet wenn der Klägerin als Gläubigerin der N.O.B. ein Einspruchsrecht gegen die Vertheilung nicht verdienter, fiktiver Dividenden nach dem O.-R. überhaupt zusteht. Dies ist zu bejahen: Das Gesetz schreibt zwar nirgends ausdrücklich vor, daß die Gläubiger einer Aktiengesellschaft berechtigt seien, die auf Grund einer gesetzwiedrigen, unrichtigen Bilanz beschlossene Vertheilung fiktiver Dividenden an die Aktionäre durch Klage gegen die Gesellschaft zu verhindern; es ist dies indeß nichts destoweniger anzuerkennen. Die Vertheilung einer fiktiven Dividende, auf Grund einer unrichtigen, gesetzwidrigen Bilanz, involvirt in That und Wahrheit eine theilweise Zurückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre. Nun kann aber doch kaum ein Zweifel darüber obwalten, daß die Gläubiger einer Aktiengesellschaft berechtigt sind, durch Klage gegen die Gesellschaft die Rückzahlung oder Herabsetzung des Grundkapitals zu hindern, wenn dieselbe unter Mißachtung der hiefür geltenden gesetzlichen Vorschriften (Art. 670, 667 O.-R.), d. h. ohne vorherige Befriedigung oder Sicherung der Gläubiger beschlossen werden sollte. Da eben bei der Aktiengesellschaft das Grundkapital die Creditbasis, das Substrat, auf welchem der Verein beruht, bildet, so haben die Gesellschaftsgläubiger ein gesetzliches Recht darauf, daß dasselbe erhalten bleibe, d. h. nicht durch willkürliche Handlungen, speziell durch Rückzahlungen an die Aktionäre vernichtet oder geschmälert werde. Dieses Recht aber wird thatsächlich nicht nur dann verletzt, wenn eine solche Rückzahlung offen beschlossen, sondern auch dann, wenn sie durch Aufstellung einer unrichtigen gesetzwidrigen Bilanz und dadurch ermöglichte Auszahlung eines angeblichen, in Wahrheit nicht vorhandenen Reingewinnes bewerkstelligt wird. Den Gläubigern hier den Rechtsschutz gegen die Gesellschaft verweigern und sie auf die Verantwortlichkeitsklage gegen das Verwaltungspersonal (Art. 617, 174 und 675) oder auf eine später etwa gegen die Aktionäre anzustellende Klage auf Rückerstattung empfangener, nicht verdienter Dividenden verweisen (Art. 632), hieße offenbar, sowohl mit Rücksicht auf die für die erwähnten Klagen geltenden einschränkenden Rechtsnormen als mit Rücksicht auf die regelmäßige Gestaltung der thatsächlichen Verhältnisse, dem Gläubigerrecht den wesentlichsten Theil seines praktischen Werthes entziehen. Es ist denn auch gewiß evident, daß wenn das Gesetz über die Aufstellung der Bilanz der Aktiengesellschaften detaillirte und zwingende Regeln aufgestellt hat, dies wesentlich auch im Intereße der Gläubiger der Gesellschaft geschehen ist, so daß diesen nach Sinn und Geist des Gesetzes das Recht eingeräumt werden muß, darüber zu wachen, daß diese Grundsätze nicht in einer ihre Rechte schmälernden Weise verletzt werden. Richtig ist freilich, daß nicht *jede* Unrichtigkeit der Bilanz einer Aktiengesellschaft die Gläubiger zur Einsprache berechtigt, sondern daß dies nur dann der Fall ist, wenn die Unrichtigkeit derart ist, daß in Folge derselben eine fiktive Dividende vertheilt und dadurch das, den Gläubigern verfangene Grundkapital der Gesellschaft geschmälert werden soll. Nur in diesem Falle werden eben die Rechte der Gläubiger durch die falsche Bilanz beeinträchtigt; in diesem Falle aber ist, wie bemerkt, den Gläubigern ein Klagerecht gegen die Gesellschaft wirklich zuzugestehen.

Schluss:

Die Weiterziehung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 26. Dezember 1885 sein Bewenden.

Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe.

Die Eheleute *Bachmann-Moser* von Brigittau bei Lemberg, Galizien, der evangelischen Confession angehörend, heiratheten sich

am 25. April 1878 und lebten bis im Jahre 1884 in Wytikon und Hirslanden zusammen. Aus der Ehe sind drei in den Jahren 1880, 1881 und 1884 geborne Kinder hervorgegangen. Im April 1884 verließ der Ehemann die Familie und am 12. Februar 1885 reichte sodann die Frau dem Bezirksgericht Zürich Weisung über die Frage der Ehescheidung ein. Am 14. März 1885 fand die Hauptverhandlung statt und in dieser stützte Klägerin ihr Scheidungsbegehren auf den Art. 47 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe, behauptend, ihr Mann habe sich bald nach der Verheirathung dem Trunke ergeben, in Folge dessen nicht gearbeitet, statt für die Familie zu sorgen, noch ihren, der Klägerin Verdienst durchgebracht und sie und die Kinder manchmal blutig geschlagen. In Folge dessen sei sie im Frühjahr 1883 in einen melancholischen Zustand gerathen und habe bis im Oktober gleichen Jahres als Geisteskranke im Burghölzli untergebracht werden müssen. Selbst dieß sei nicht im Stande gewesen, den Beklagten zu bessern und im April 1884 habe er sich schließlich davon gemacht, die Familie ihrem Schicksal überlassend. Daß ihre ehliche Gesinnung unter solchen Umständen habe erlöschen müssen und ein erträgliches Zusammenleben nicht mehr möglich sei, dürfte klar sein. Sie verlange sofortige gänzliche, eventuell temporelle Scheidung, Ueberlassung der Kinder zur Erziehung, Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines Beitrages an die Erziehungskosten und Condemnation desselben, ihr die vorhandenen, aus ihrem Vermögen angeschafften Fahrhaben zu überlassen, sowie 700 Fr. zugebrachtes Weibergut zurückzuzahlen.

Der Beklagte erschien bei der Verhandlung nicht. Das Bezirksgericht wies die Klage wegen Incompetenz von der Hand, davon ausgehend, daß dieselbe am bekannten Wohnort des Beklagten in Bregenz anzuheben sei. Das Bundesgericht hob aber diesen Entscheid auf, indem es annahm, der Beklagte habe sein festes Domicil in Hirslanden nicht aufgegeben, sondern sich nur vorübergehend und in der Absicht, wieder zurückzukehren, von dort entfernt.

Der Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe bestimmt:

„In Bezug auf Ehen zwischen Ausländern „darf eine Scheidungs- oder Nichtigkeitsklage „von den Gerichten nur dann angenommen „werden, wenn nachgewiesen wird, daß der „Staat, dem die Eheleute angehören, das „zu erlassende Urtheil anerkennt."

In Anlehnung an diese Bestimmung gab nun das Bezirksgericht der Klägerin auf, den Nachweis dafür beizubringen, daß das zu erlassende Urtheil in Oestreich anerkannt werde. Da das k. k. Justizministerium auf ein bezügliches Gesuch erklärte, daß weder es noch eine andere k. k. Behörde zur Ausstellung einer Erklärung dahingehend befugt sei, daß die von schweizerischen Gerichten in Ehestreitigkeiten östreichischer Staatsanhöriger erlassenen Erkenntnisse dortseits anerkannt werden und daß es vielmehr der Beurtheilung der zuständigen östreichischen Behörden von Fall zu Fall überlassen bleiben müsse, ob ein vorliegendes Erkenntniß der bezeichneten Art dortseits rechtliche Folgen nach sich ziehe, — suchte der Anwalt der Klägerin den verlangten Nachweis an Hand der östreichischen Gesetzgebung und Rechtsprechung zu leisten, indem er eine Reihe einschlägiger Gesetzesbestimmungen und Präjudicate citirte und producirte, daraus ableitend, daß ein hierseitiges Urtheil in Oestreich anerkannt und vollzogen werden *müsse*. — Mit Beschluß vom 27. März d. J. wies das Bezirksgericht die Klage von der Hand, weil die von der Klägerin eingelegten Beweismittel für die Vollstreckung hiesiger Urtheile im östreichischen Staat Angesichts der Erklärung des östreichischen Justizministeriums durchaus nicht genügen, um den von Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe geforderten stricten Nachweis dafür zu erbringen, daß der Heimatstaat der Litiganten einem hier gefällten Urtheile die Vollstreckung angedeihen lassen würde.

Ueber diese Anhandnahmeverweigerung beschwerte sich die Klägerin und verlangte Anweisung des Bezirksgerichtes zur materiellen Behandlung der Scheidungsklage, *die Beschwerde wurde indess von der Appellationskammer abgewiesen.*

Gründe:

1. Nach Art. 56 des Civilstands- und Ehegesetzes setzt die Anhandnahme der Klage den Nachweis voraus, daß Oestreich, dessen Staatsbürger die Litiganten sind, das allfällig zu erlassende Scheidungsurtheil anerkenne, *wie* dieser Nachweis zu leisten sei, schreibt indeß das Gesetz nicht vor und es kann somit auch nicht gesagt werden, daß derselbe nur auf dem Wege der Beibringung einer bezüglichen Erklärung der östreichischen Staatsbehörde zuläßig sei, sondern es muß vielmehr auch jede andere Art des Nachweises, falls sie nur eine absolut sichere ist, anerkannt werden.

2. Die Rekurrentin behauptet nun, es ergebe sich aus der östreichischen Gesetzgebung und Gerichtspraxis mit aller Sicherheit, daß das zu erlassende Urtheil anerkannt werde bezw. anerkannt werden müsse und wenn dem so ist, so muß der gesetzlich geforderte Nachweis als geführt betrachtet werden. Laut Act. Nr. 3 sind in Oestreich für die Frage der Vollziehung ausländischer Urtheile die auch heute noch in Kraft bestehenden Hofdecrete vom 18. Mai 1792, 18. Januar 1799 und 15. Februar 1805 maßgebend. Diese Annahme wird überdies bestätigt durch den Commentar zur östreichischen Gerichtsordnung pag. 343 (Act. 35) und das unter Act. 36 bei den Akten liegende Präjudicat des obersten k. k. Gerichtshofes zu Wien. Nach jenen Hofdecreten werden in Oestreich ausländische rechtskräftige Urtheile vollzogen, bezw. müssen sie vollzogen werden, wenn der urtheilende Richter zuständig war und der Staat, in welchem das Urtheil erlassen wurde, auch die Urtheile östreichischer Gerichte unter den nämlichen Voraussetzungen vollzieht. Die Zuständigkeit des fremden Richters muß zunächst offenbar eine nach Maßgabe der östreichischen Prozeßgesetzgebung begründete gewesen sein und über das Vorhandensein dieser Voraussetzung entscheidet der östreichische Richter im Executionsverfahren natürlich nach freiem Ermessen. Deßhalb ist nicht entscheidend, ob *hierorts* diese Zuständigkeit als vorhanden betrachtet wird, sondern bloß, ob der östreichische Richter dieselbe nach Maßgabe seiner Gesetzgebung als gegeben anerkennen müsse. Indeß darf dieß als durchaus feststehend angesehen werden. Nach § 14 der östreichischen allgemeinen Gerichtsordnung ist für die Behandlung von Ehescheidungsprozessen der Gerichtshof erster Instanz desjenigen Sprengels zuständig, in welchem die *Ehegatten* ihren letzten *gemeinschaftlichen* Wohnsitz hatten (siehe Act. Nr. 5 und 37). Nun ergibt sich aber mit solcher Sicherheit aus den Akten, daß die Litiganten ihren letzten gemeinschaftlichen Wohnsitz im Bezirke Zürich hatten, daß diese Thatsache auch vom östreichischen Richter unzweifelhaft wird anerkannt werden müssen, dann aber muß auch angenommen werden, daß dieser die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Zürich zur Behandlung der vorliegenden Scheidungsklage wenigstens als durch die *dortige* Prozeßgesetzgebung begründet anerkennen werde.

Allein eine zweite Frage ist nun die, ob sich der für die Frage der Vollziehung eines hierseits erlassenen Urtheils competente östreichische Richter mit dem Nachweis begnüge, daß der fremde Richter nach dem östreichischen Prozeßrecht zuständig gewesen sei oder nicht vielmehr noch den weitern Nachweis fordere, daß dessen Zuständigkeit auch auf Grund seiner eigenen Prozeßgesetzgebung begründet gewesen sei, wie dieß z. B. gerade vom zürcherischen Richter auf Grund des § 752 des Rechtspflegegesetzes gefordert werden müßte. Die vorliegenden Akten geben keinen genügenden Aufschluß darüber, zwar scheint das vorliegende Präjudicat Act. Nr. 36 eher auf das Gegentheil hinzudeuten, allein einen sichern Schluß gewährt dasselbe immerhin nicht. Die Hofdecrete von 1792 und 1805 verlangen nur ganz allgemein, daß der fremde Richter zur Urtheilsfällung berechtigt gewesen, seine Zuständigkeit außer Zweifel gesetzt sein müsse, sagen aber nicht, ob die Frage der Berechtigung bezw. Zuständigkeit nach den Prozeßgesetzgebungen beider Länder oder nur nach derjenigen Oestreichs verlangt werde und gerade selbstverständlich ist das letztere nicht. Die deutsche Reichscivilprozeßordnung steht z. B. allerdings auf dem Standpunkt, daß für die Vollstreckungsfähigkeit eines auswärtigen Urtheils

nur die Competenz des urtheilenden Gerichtes *nach Massgabe des dortigen Prozessrechtes* erforderlich sei beziehungsweise der für die Beurtheilung der Vollstreckungsfähigkeit zuständige Richter das Vorhandensein derselben nur nach dieser Richtung zu untersuchen habe, währenddem bezüglich der Frage, ob die Zuständigkeit auch mit dem Rechte des fremden Richters übereinstimme, lediglich auf den Entscheid dieses letztern abgestellt wird (siehe § 661 Zif. 3). Allein daß nun eben eine ähnliche Bestimmung auch in Oestreich bestehe, ist nicht dargethan und ebensowenig bewiesen, daß die östreichische Gerichtspraxis diesen Grundsatz je anerkannt hat. Muß nun aber von der Möglichkeit ausgegangen werden, daß der östreichische Richter die Frage der hierseitigen Zuständigkeit auch auf Grund unserer Gesetzgebung prüft, so besteht keine absolute Garantie mehr, daß er dieselbe auch bejahen werde. Es soll zwar hier die Richtigkeit des bundesgerichtlichen Competenzbeschlusses durchaus nicht bezweifelt werden, allein ob auch der östreichische Richter dessen Begründung für eine durchschlagende erachtet, ist nicht mit Sicherheit zu behaupten, er kann sowohl eine grundsätzlich andere Auffassung über die Frage des Domicils haben als die Thatsachen, auf welche die Grundsätze anzuwenden sind, anders würdigen. Da nun aber Art. 56 absolute Sicherheit für die Vollstreckung des Urtheils verlangt, so muß auch mit ganz entfernten Wahrscheinlichkeiten gerechnet werden (siehe Entscheidungen des Bundesgerichtes Bd. X pag. 483 und 484). Unterstellt indeß einmal, die Competenzfrage würde im Vollstreckungsverfahren nur nach Maßgabe der östreichischen Gesetzgebung geprüft, weil der dortige Richter auf dem gleichen Standpunkt steht wie der deutsche, so besteht wieder die Gefahr, daß die Vollstreckung Mangels verbürgter Gegenseitigkeit verweigert wird und zwar auf Grund der nämlichen Auffassung, welche das Oberlandesgericht zu Colmar in Sachen Lloyd und Thennar entwickelt hat, nämlich daß darin, daß der zürcherische Richter die Frage der Zuständigkeit im Vollstreckungsprozeß nicht nur auf Grund seiner eigenen, sondern auch der fremden Gesetzgebung prüfe, eine Ungleichheit liege, welche die volle Gegenseitigkeit ausschließe.

3. Der streng positive, auf der sittlichen Natur der Ehe und dem öffentlichen Interesse am Fortbestand derselben beruhende Charakter des Ehescheidungsrechtes hat zur Folge, daß der für die Ehescheidungsklage zuständige Richter nur das einheimische Recht anwenden darf. Davon scheint laut dem Präjudicat Act. 38 auch der östreichische Richter auszugehen, zumal er hiernach auch Ehescheidungsklagen von Ausländern und zwar auf Grund des einheimischen Rechtes beurtheilt. Der § 3 des privatrechtlichen Gesetzbuches kann den zürcherischen Richter nicht berechtigen, eine Ehescheidung auf Grund des östreichischen Rechtes auszusprechen, weil das Scheidungsrecht nunmehr Bundesrecht ist und das letztere eher auf dem Territorial- als dem Nationalitätsprincip stehen dürfte (siehe Entscheidungen des B.-Gr. Bd. V. pag. 246). Welches dieser beiden Principien nun aber in Oestreich anerkannt wird, ist auch mit nur annähernder Sicherheit nicht zu bestimmen. Daß das dortige Prozeßgesetz den Gerichtsstand des letzten Wohnortes der Eheleute anerkennt und die östreichischen Gerichte selbst nur einheimisches Ehescheidungsrecht anwenden, beweist noch keineswegs die Anerkennung des Satzes, daß ein Oestreicher im Auslande *nach dortigem Recht* gültig geschieden werden könne. Die Note des Oberlandesgerichtes Lemberg Act. Nr. 5 scheint eher auf das Gegentheil hinzuweisen, denn dort wird gesagt, daß die Frage der Annerkennung eines hierorts ausgefällten Scheidungsurtheiles nach den § 4, 33 und 37 des östreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu entscheiden sein werde, die Anwendbarkeit des § 4 aber müßte zu dem Schlusse führen, daß die Ehe eines Oestreichers, wie sie nur nach heimathlichem Recht gültig eingegangen, auch nur nach Maßgabe und auf Grund dieses letztern wieder gültig aufgehoben werden könne. Würde sich aber der östreichische Richter, der über die Vollstreckung eines hierorts erlassenen Scheidungsurtheiles zu entscheiden hat, auf diesen letztern Stand-

punkt stellen, so dürfte die Verweigerung der Anerkennung auch dann ganz sicher sein, wenn der angewendete Scheidungsgrund zufällig mit einem im östreichischen Recht ebenfalls anerkannten übereinstimmen würde.

4. Da hienach mehrfache schwerwiegende Zweifel darüber bestehen, ob ein hierorts ausgefälltes Urtheil in Oestreich anerkannt würde, so kann der von § 56 des Bundesgesetzes verlangte Nachweis nicht als geführt betrachtet werden und dieß muß die Verwerfung der Beschwerde nach sich ziehen. (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 18. Mai 1886.)

Auszug

aus

einem Urtheil der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

Ausdehnung des Grundsatzes, dass es keine Verbrechen oder Vergehen gebe ohne Verschulden, auf blosse Polizei-Uebertretungen mit Vorbehalt gewisser durch den Wortlaut oder Sinn einzelner Polizeigesetze vorgesehener Ausnahmen.

Anfangs Oktober 1885 erlegte der Jäger Heinrich Enderli zur Post in Illnau in der Nähe von Kyburg eine Gemse, weil aber Art. 12 des Bundesgesetzes über Jagd und Vogelschutz das Jagen auf Gemsen im ganzen Gebiete der Schweiz nur im Herbstmonat gestattet, die ganze übrige Zeit dagegen verbietet, wurde Enderli vom Statthalteramt wegen Uebertretung dieses Verbotes mit einer Polizeibuße von 50 Fr. belegt. Er verlangte gerichtliche Beurtheilung und das Bezirksgericht hob die Buße auf. Gegen diesen Entscheid reichte die Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde ein, unterlag aber mit derselben. Aus dem Kassationsentscheid heben wir folgende bedeutsame Erwägungen hervor:

1. Es gehört zum gesetzlichen Thatbestand der eingeklagten Polizeiübertretung, daß das auf der Jagd geschossene Thier sog. Hochwild sei. Der Angeklagte behauptet nun, er habe in Folge eines entschuldbaren thatsächlichen Irrthums von dem Vorhandensein dieses für den Thatbestand wesentlichen Moments keine Kenntniß gehabt, indem er das Thier, ohne daß ihm dies auch nur als Fahrlässigkeit angerechnet werden dürfe, für einen Rehbock gehalten habe, somit könne er sich auch der fraglichen Polizeiübertretung nicht schuldig gemacht haben, denn es schließe dieser Umstand jedes Verschulden auf seiner Seite aus. Diese Einwendung muß auch in der That, deren thatsächliche Richtigkeit vorausgesetzt, zur Freisprechung des Angeklagten führen.

2. Unter der Herrschaft des deutschen Strafgesetzbuches könnte dies mit Rücksicht auf den hier zutreffenden § 59 keinem Zweifel unterliegen, denn derselbe bestimmt:

„Wenn Jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen. Bei der Bestrafung fahrlässiger Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntniß selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist" und diese Bestimmung findet unbestrittenermaßen auch auf Polizeiübertretungen Anwendung (siehe Schwarze, Commentar zum deutschen Strafgesetzbuch, § 59, Ziff. 2); eine Ausnahme erleidet sie nur dann, wenn aus der speziellen Gesetzesbestimmung klar hervorgeht, daß schon die objective Gesetzesübertretung für sich allein ohne alle und jede subjective Verschuldung strafbar sein soll (siehe Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Strafsachen Bd. VII, Nr. 74, pag. 240).

3. Unzweifelhaft gilt nun die fragliche Bestimmung des § 59 des deutschen Strafgesetzbuches auch im zürcherischen Rechte, soweit es sich um Verbrechen und Vergehen handelt, denn dieselbe ist nur ein Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes, daß es kein Verbrechen oder Vergehen ohne Verschulden gebe, eines Grundsatzes, der zwar durchaus nicht immer im Strafrechte gegolten hat, aber als eine der bedeutendsten Errungenschaften der modernen Rechtsentwicklung heutzutage nirgends mehr bei Seite gestellt werden dürfte (siehe hierüber Lisst, Strafrecht § 38). Wenn aber

dies gesagt werden muß, so ist nicht einzusehen, weßhalb der fragliche Grundsatz nicht auch im zürcherischen Recht, ganz wie dies in Deutschland geschehen ist, auf die Polizeiübertretungen ausgedehnt werden darf. Damit ist natürlich die Möglichkeit von Polizeiübertretungen ohne Verschulden nicht ausgeschlossen, insbesondere dann nicht, wenn aus dem Wortlaut oder Sinn des zur Anwendung kommenden Spezialgesetzes klar hervorgeht, daß der Gesetzgeber die Uebertretung ohne alle Rücksicht auf das subjective Verschulden mit Strafe belegen wollte.

4. Hier liegt eine Gesetzesbestimmung dieser letztern Art nicht vor. Darauf deutet schon der Umstand, daß die eingeklagte Polizeiübertretung sowohl nach dem kantonalen als auch nach dem eidgenössischen Gesetz zu den sogenannten *Jagdfreveln* gezählt und mit einer sehr hohen Buße von 50 Fr. im Minimum geahndet wird, während diese Gesetze noch andere Uebertretungen kennen (§ 22 des kantonalen und Art. 22 des eidg. Gesetzes), welche nicht als Jagdfrevel bezeichnet werden und bei denen das Strafminimum nicht höher als auf 5 Fr. angesetzt ist, wie namentlich das Jagenlassen von Hunden zu geschlossener Jagdzeit. Daraus läßt sich der Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber zwei verschiedene Arten von Jagdpolizei-Vergehen auseinanderhalten wollte, deren innerer Unterschied nur darin gefunden werden kann, daß bei den erstern, den Jagdfreveln, an ein starkes Verschuldensmoment gedacht wird, während bei den letztern dies weniger der Fall ist. Anzunehmen, daß es bei den erstern gar nicht auf das subjective Verschulden ankomme, würde daher nicht nur nicht mit Klarheit aus dem Gesetze hervorgehen, sondern dessen Sinn und Geist geradezu widersprechen. Dagegen ist es im vorliegenden Fall nicht nöthig, die sehr subtile Frage zu entscheiden, welcher Art das subjective Verschulden des Angeklagten sein müsse, um ihn strafbar erscheinen zu lassen und ob dies namentlich auch dann der Fall wäre, wenn der Angeschuldigte sich zwar im Irrthum über ein wesentliches Moment des Thatbestandes befunden hätte, diesen Irrthum aber seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hätte.

5. Die Actenlage gestattet nämlich dem Richter, dem Vorgeben des Angeklagten, daß ihn absolut gar kein Verschulden treffe, er sich nicht nur im Irrthum befunden habe, sondern auch dieser Irrthum ein entschuldbarer gewesen sei, vollen Glauben zu schenken. Es ist davon auszugehen, daß es auch bei Polizeiübertretungen, welche ein Verschulden des Angeklagten voraussetzen, Sache der Anklage ist, dieses Verschulden zu beweisen, denn es ist kein genügender Grund vorhanden, hier andere Grundsätze über die Beweislast aufzustellen als bei Verbrechen und Vergehen. Nachdem daher der Angeklagte in seiner Einvernahme vor Statthalteramt den Sachverhalt so dargestellt hatte, als habe er das Thier, welches er durch das Gebüsch davoneilen sah, für einen Rehbock gehalten, wäre es Sache der Anklage gewesen, zu beweisen entweder daß dieß nicht richtig sei oder daß er das Thier als eine Gemse erkannt habe oder daß ihm dieses Nichtkennen als Fahrlässigkeit angerechnet werden müsse; denn letzteres ist offenbar keineswegs selbstverständlich, da nichts dafür vorliegt, daß der Angeklagte habe vermuthen können, bei Ausübung der Jagd auf eine Gemse zu stoßen und daher sehr erklärlich und entschuldbar ist, wenn er im Jagdeifer und durch das Gebüsch hindurch ein solches Thier für einen Rehbock hielt.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Juni 1886. V. Band. № 11.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Poststellen** in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in **allen Buchhandlungen** abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Orell, Füssli & Comp. in Zürich.**

Urtheil

des

Kaiserl. Oberlandesgerichtes zu Colmar

(II. Civil-Senat)

vom 2. April 1886

in Sachen

der *schweizerischen Lloyd-Rückversicherungs-Gesellschaft in Liquidation* in Winterthur, Klägerin und Berufungsklägerin,

gegen

1) *Friedrich Thesmar,* Versicherungsagent in Müllhausen,

2) *H. Kestner,* Kreisarzt in Müllhausen, für sich und seine Kinder, Beklagte und Berufungsbeklagte,

betr. Vollstreckbarerklärung eines Urtheils des zürcherischen Handelsgerichtes.

Thatsächliches:

A. Durch Urtheil des zürcherischen Handelsgerichtes vom 9. Januar 1885 wurden die beiden Beklagten in ihrer Eigenschaft als Actionäre der klägerischen Actiengesellschaft zur Leistung gewisser Actieneinzahlungen verurtheilt und zwar Friedrich Thesmar im Betrage von 6800 Fr. nebst Zinsen und Kosten und H. Kestner im Betrage von 26,259 Fr. nebst Zinsen und Kosten. (Siehe No. 4 dieser Blätter, Jahrgang 1885, pag. 49 u. folgende). Das Gericht urtheilte als forum compromissum (siehe den bezüglichen Competenzentscheid, abgedruckt in No. 23 dieser Blätter, Jahrgang 1884, pag. 361 u. folgende).

B. Da die Beklagten dieses Urtheil nicht anerkannten, stellte Klägerin bei der Civilkammer des Landgerichtes Müllhausen gestützt auf den Art. 661 der Civilprozeßordnung für das deutsche Reich die Vollstreckungsklage, wurde aber durch Urtheil vom 31. October 1885 abgewiesen. ***(Siehe No. 1 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang, woselbst namentlich auch der Art. 661 der Civilprozessordnung für das deutsche Reich wörtlich wiedergegeben ist.)***

C. Gegen dieses Urtheil hat Klägerin rechtzeitig Berufung eingelegt. Dieselbe stellte in der Sitzung vom 26. März den Antrag,

unter Aufhebung des angefochtenen Urtheils das Urtheil des Handelsgerichtes Zürich vom 9. Januar 1885 gegenüber beiden Beklagten für vollstreckbar zu erklären und denselben die Kosten des gegenwärtigen Prozesses zur Last zu legen.

Die Beklagten trugen auf kostenfällige Verwerfung der Berufung an. Behufs Begründung ihrer Anträge wiederholten die

Parteien ihre früheren Ausführungen, wie solche in ihren Schriftsätzen und in dem Thatbestand des angefochtenen Urtheils niedergelegt sind. Auch übergaben dieselben die in dem Sitzungsprotokolle erwähnten Bücher und Schriftstücke und nahmen auf den Inhalt derselben, namentlich soweit solche den französisch-schweizerischen Rechtshülfevertrag vom 15. Juni / 13. October 1869 und den Vollzug deutscher Urtheile seitens zürcherischer Kantonsgerichte betreffen, Bezug. Das angefochtene Urtheil, ein Schreiben des Obergerichtes Zürich vom 18. Dezbr. 1884 an das Oberlandesgericht Karlsruhe und ein Gutachten des Professors Dr. Laband in Straßburg vom Januar 1886 wurden verlesen.

Entscheidungsgründe.

Der Anschauung des ersten Richters, wonach in Folge des Frankfurter Friedensvertrages der französisch-schweizerische Rechtshülfevertrag vom 15. Juni 1869 als solcher in den mit Deutschland vereinigten Gebietstheilen von Elsaß-Lothringen außer Kraft getreten ist, muß beigepflichtet werden. Denn durch Staatsverträge werden an sich nur rechtliche Beziehungen zwischen den vertragschließenden Staaten in ihrer Eigenschaft als öffentlich rechtliche Personen geschaffen und Letztere verpflichtet, solche Einrichtungen zu treffen, welche dem Inhalt des abgeschlossenen Uebereinkommens entsprechen. Eine unmittelbare Einwirkung auf den Rechtszustand in den jeweiligen Gebietstheilen kommt diesen Verträgen nicht zu, da solche dem Begriff der Staatshoheit widerstreiten würde, und es wird vielmehr jeder derartige Vertrag erst durch einen gesetzgeberischen Akt der betheiligten Staaten und in dem hiedurch bestimmten Umfange für die Unterthanen derselben rechtsverbindlich. Hieraus folgt aber, daß wenn ein Staat einen Theil seines Gebietes an einen andern abtritt, die vom erstern eingegangenen vertragsmäßigen Verpflichtungen, eben weil sie nur dem Staate als einer Personeneinheit obliegen, im Allgemeinen nicht auf das abgetretene Gebiet übergehen. Es ergibt sich dieß ferner daraus, daß bei Abschluß von solchen Verträgen hauptsächlich die Beziehung der Staaten zu einander, die Gemeinschaftlichkeit oder der Gegensatz ihrer Interessen, der Zustand der Rechtspflege, kurzum Verhältnisse in Betracht gezogen werden, welche den Staat als Ganzes berühren. Auch würde die gegentheilige Annahme vielfach zu durchaus unhaltbaren Zuständen führen, in welcher Beziehung nur an die Zoll- und Handelsverträge erinnert zu werden braucht. In diesem Sinne hat sich auch das Reichskanzleramt in dem im angefochtenen Urtheile mitgetheilten Schreiben vom 17. Juni 1884 in Uebereinstimmung mit dem Reichsjustizamte und dem Statthalter für Elsaß-Lothringen ausgesprochen, und ebenso hat der Schweizer Bundesrath bei mehrfachen Gelegenheiten die gleiche Anschauung kundgegeben — Bundesblatt 1876 Seite 253; 1881, Seite 660 Z. 19; vergl. auch Meili, Commentar, Seite 252. — Ob der Inhalt dieses unterm 2. November 1869 im bulletin des lois ohne weitere Ausführungsbestimmungen veröffentlichten Vertrages nach dem Anschlusse von Elsaß-Lothringen an Deutschland in jenen Gebietstheilen noch als *inländisches Recht* in Kraft geblieben ist, mag dahin gestellt bleiben. Denn jedenfalls wäre das bezügliche, von dem gedachten Zeitpunkte an seiner vertragsmäßigen Natur für Elsaß-Lothringen entkleidete Landesprozeßrecht in Folge des § 14 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung am 1. October 1879 außer Kraft getreten. Hiernach ist die erhobene Vollstreckungsklage lediglich nach Maßgabe der §§ 660 und 661 C. P. O. zu prüfen, und da im Uebrigen Bedenken nicht bestehen, nur noch zu untersuchen, ob die Gegenseitigkeit in einer der Vorschrift von § 661 Ziff. 5 entsprechenden Weise verbürgt ist. Daß die Annahme der Gegenseitigkeit nicht auf den Vertrag vom 15. Juni 1869 gestützt werden kann, ergibt sich schon aus den obigen Ausführungen und namentlich auch aus der Erwägung, daß die Schweizer-Behörden die Rechtsverbindlichkeit dieses Vertrages Elsaß-Lothringen gegenüber nicht anerkennen. Im Uebrigen fragt es sich hier zunächst, ob für die zu erlassende Entscheidung lediglich die Gesetzgebung und Rechtspflege im Kanton Zürich oder aber die einschlägigen Verhältnisse in der ganzen Schweiz in

Betracht zu ziehen sind. Die erstere Annahme wird jedenfalls durch den Wortlaut des § 661 nicht ausgeschlossen, und können vielmehr die vor Einführung der C. P. O. in Deutschland bestandenen Verhältnisse, sowie die Motive zur C. P. O. und die Commissionsverhandlungen zu Gunsten derselben angeführt werden. Denn vor dem erwähnten Zeitpunkte wurde die Frage der Vollstreckung ausländischer Urtheile nicht allein in den einzelnen Staaten, sondern auch in den Gebietstheilen der Staaten, z. B. in den Bezirken des französischen und des gemeinen Rechts verschieden geregelt; auch wurde bei Berathung des Gesetzes wiederholt hervorgehoben, daß die von einzelnen deutschen Staaten mit dem Auslande abgeschlossenen Verträge vorläufig in Kraft bleiben, und also, obwohl Deutschland seit der Einführung der C. P. O. in prozeßrechtlicher Beziehung ein einheitliches Gebiet darstellt, die hinsichtlich der Verpflichtung zur Urtheilsvollstreckung in den einzelnen Staaten extra bestehende Rechtsverschiedenheit keineswegs sofort vollständig aufgehoben werden sollte. Dieser ganzen Sachlage würde es nicht entsprechen, wenn das deutsche Reich den Vollzug der von den Gerichten des Kantons Zürich erlassenen Urtheile lediglich deßhalb verweigern wollte, weil etwa die Urtheile der eigenen Gerichte in andern Kantonen der Schweiz nicht oder nicht ohne Weiteres vollstreckt werden.

Es ist hiebei namentlich zu berücksichtigen, daß in der Schweiz die einzelnen Kantone und insbesondere der Kanton Zürich eine eigene Prozeßgesetzgebung haben, durch welche auch der Vollzug fremdländischer Urtheile geregelt wird (§ 752 des Zürcher Rechtspflegegesetzes vom 2. Dezember 1874), daß zwar der Schweizer Bundesstaat hierüber Verträge mit dem Ausland abschließen kann, welche für die einzelnen Kantone bindend sind, daß aber ein solcher Vertrag zwischen Deutschland und der Schweiz zur Zeit nicht besteht, und daß ebenfalls der Kanton Zürich, soweit das Erforderniß der Gegenseitigkeit in Frage kommt, als selbstständiges Rechtsgebiet zu betrachten ist. Alldieß um so mehr, als die Anwendung des angezogenen § 752, wie aus Art. 27 bis 29 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 gefolgert werden muß, der Prüfung seitens des Bundesgerichtes entzogen ist. Im Kanton Zürich aber ist in Ermangelung eines Staatsvertrages für den Vollzug ausländischer Urtheile der zweite Absatz des mehrerwähnten § 752 des Rechtspflegegese- vom 2. Dezember 1874 maßgebend, welcher folgendermaßen lautet:

„Urtheilen aus Staaten, mit welchen keine Staatsverträge bestehen, kann zwar der hiesige Richter nach freier Würdigung aller Verhältnisse Vollziehung gewähren, unter allen Umständen aber nur dann, wenn das fragliche Urtheil unzweifelhaft rechtskräftig und von einem Richter gefällt ist, welcher an sich competent war und dessen Competenz auch nicht durch die hierseitige Gesetzgebung ausgeschlossen wird."

Hinsichtlich der Anwendung, welche diese Gesetzesstelle bei den Gerichten des Kantons gefunden, hat sich folgendes ergeben:

1) Im Commentar zum Civil- und Strafprozeß von Dr. Meili, Seite 252 unten wird zu § 752 bemerkt, daß die Zürcher Gerichte *nicht leicht* ein auswärtiges Urtheil ignoriren, wenigstens wenn die formellen und materiellen Requisite eines gehörigen Rechtsgangs erfüllt worden sind. — Diese Bemerkung wird in Band 10 des „Journal du droit international privé" 1883 Seite 124 unten abgedruckt und hiebei die Bestimmung des § 752 als „une Disposition générale très elastique" bezeichnet.

2) Im Commentar von Dr. Sträuli betreffend die Züricher Rechtspflege werden auf Seite 363/364 unter Ziffer 3 und 4 die wegen Vollzugs eines Württemberger Urtheils und eines Urtheils des badischen Kreisgerichts Waldshut in den Jahren 1876—1881 im Kanton Zürich ergangenen, der Klage stattgebenden Entscheidungen I. und II. Instanz mitgetheilt und wird die auf das Waldshuter Urtheil bezügliche Entscheidung des Obergerichtes Zürich wie folgt begründet:

„Allerdings steht es gemäß § 752 dem Züricher Richter frei, auch wenn die Requisite desselben erfüllt sind, die Exeku-

tion nach freier Erwägung der Verhältnisse zu gewähren oder zu versagen. Ersteres darf aber hier um so eher erfolgen, als der Beklagte alle Gelegenheit hatte, auf die formell und materiell klar begründete Klage zu antworten. Eine Verweigerung der Exekution gegenüber einem Urtheil eines civilisirten Staates, dessen Rechtspflege der besten Achtung genießt, und das nach sorgfältiger Wahrung der vorgeschriebenen Rechtsformen erlassen wurde, liegt nicht im Sinne der angeführten Gesetzesbestimmung."

2) In den handelsgerichtlichen Blättern für das Jahr 1884 Seite 173 findet sich eine Entscheidung der Rekurskammer des Züricher Obergerichts vom 9. Juni 1884, woselbst die Vollstreckung eines Urtheils des Landgerichts Berlin wegen nicht nachgewiesener Rechtskraft dieses Urtheils abgelehnt und am Schlusse bemerkt wird, es sei unter diesen Umständen nicht nothwendig, die Prüfung auch auf das Requisit der Competenz und noch weniger auf die materiellen Grundlagen des Urtheils auszudehnen.

4) Wie aus der Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Schweizer Bundescivilrechtes Band I Seite 91 und Band III Seite 121 zu entnehmen, hat die Appellationskammer in Zürich in zwei Entscheidungen vom 6. Sept. 1883 und 20. Sept. 1884 die Annahme der von deutschen Reichsangehörigen vor Gerichten des Kantons Zürich angehobene Ehescheidungsklage um deßwillen abgelehnt, weil nicht feststehe, daß die deutschen Gerichte die Urtheile der Schweizer Gerichte vollstrecken. Hiebei wurde namentlich erwogen, daß zwar im Kanton Zürich Gegenseitigkeit zugesichert, daß aber in den andern Kantonen der Schweiz dieß keineswegs durchgängig der Fall sei und daß der ausländische Richter voraussichtlich geneigt sein werde, bei Prüfung der Gegenseitigkeitsfrage die Schweiz als Ganzes aufzufassen. Ferner wurde unter Hinweis auf die zwischen Deutschland und der Schweiz angebahnten, aber von Erfolg nicht begleiteten Unterhandlungen über den Abschluß eines Vollstreckungsvertrages der Anschauung Raum gegeben, daß auch nach den Vorschriften der deutschen C. P. O. dem Ermessen des dortigen Richters hinsichtlich der Vollstreckung fremdländischer Urtheile ein freier Spielraum gewährt sei. — Vergleiche auch Rechenschaftsbericht des Obergerichts und Kassationsgerichts an den Kantonsrath des Kantons Zürich 1883 Seite 24 No. 38 und Bundesblatt 1883 Seite 835 Ziff. 2.

5. In einem vor dem Oberlandesgerichte Karlsruhe anhängigen Rechtsstreite betreffend die Vollstreckung eines von der Appellationskammer des Obergerichtes Zürich erlassenen Urtheils hatte sich das erstgenannte Gericht an das Obergericht in Zürich mit der Anfrage gewendet, wie es in dem dortigen Kanton mit der Vollstreckung ausländischer Urtheile gehalten werde. Es erging hierauf das dem vorgelegten Protokollauszuge vom 18. Dezember 1884 beigefügte Schreiben, in welchem unter Anderm bemerkt wurde, daß nach der bestehenden Praxis in dem im § 752 gemachten Vorbehalte des freien richterlichen Ermessens lediglich ein Hinweis auf die hinsichtlich des Vollzuges auswärtiger Urtheile bestehenden Grundsätze des modernen internationalen Rechtes erblickt und daß beim Vorhandensein der in § 752 aufgestellten Erfordernisse der Rechtskraft und der Zuständigkeit der Vollzug des ausländischen Urtheils nur ganz ausnahmsweise, nämlich dann verweigert werde, wenn keine Gegenseitigkeit vorliege, sowie wenn der Inhalt des fremden Urtheils gegen die im Kanton bestehende öffentliche Ordnung oder gegen klares Recht verstoße, oder offensichtlich auf aktenwidrigen thatsächlichen Annahmen beruhe, endlich daß die deutschen und namentlich die badischen Urtheile anstandslos und ohne weitere Prüfung ihres Inhalts vollstreckt würden.

6) Ein in Band IV No. 7 der handelsrechtlichen Blätter veröffentlichtes Urtheil des Handelsgerichtes Zürich vom 17. Januar 1885, in welchem es sich um Vollstreckung eines Urtheils des Handelsgerichtes Genua handelt, stellt sich auf den gleichen Standpunkt, und ebenso werden in dem Urtheile, dessen Vollstreckung hier in Frage steht, die nämlichen Grundsätze ausgesprochen, wobei noch bemerkt werden soll, daß in der ersterwähnten Entscheidung nicht etwa die Vollstreckung des in Genua ergangenen Urtheils

für zulässig erklärt, sondern der Beklagte nochmals zur Zahlung verurtheilt wird.

Wendet man nun auf das bisher Gesagte die Vorschrift in § 661 Ziff. 5 C. P. O. an, so ergibt sich Folgendes:

Wenn das Obergericht Zürich im Anschlusse an verschiedene im dortigen Kanton ergangene Urtheile bekundet, daß der in § 752 des Gesetzes zu Gunsten des richterlichen Ermessens getroffene Vorbehalt in der Praxis nur in einem beschränkten Sinne ausgelegt werde, so kommt dieser Feststellung für die Beurtheilung der Gegenseitigkeit eine maßgebende Bedeutung zu, da es nicht Sache des einheimischen Gerichtes sein kann, hier an Stelle der im Auslande feststehenden Praxis seine eigene abweichende Ansicht von dem Sinne und der Tragweite eines fremden Gesetzes treten zu lassen. Daß ferner nach dieser Praxis das zu vollstreckende Urtheil die Rechtskraft beschritten haben, daß die betreffende Rechtssache nach dem für das Vollstreckungsgericht maßgebenden Rechte an die Gerichte des Auslandes gehören muß, daß der Inhalt des Urtheils nicht gegen die im Kanton bestehende öffentliche Ordnung verstoßen darf und daß von den Züricher Gerichten das Erforderniß der Gegenseitigkeit aufgestellt wird, entspricht durchaus den Vorschriften der C. P. O. Auch darauf kann kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, daß die Züricher Prozeßgesetzgebung den Gerichtsstand der Erfüllung und des Vermögens nur in einem sehr beschränkten Maße zuläßt und daß daher deutsche Urtheile gegen Schweizer Staatsangehörige durch die dortigen Gerichte regelmäßig nur in dem Falle vollstreckt werden können, wenn der Beklagte zur Zeit der Klage in Deutschland wohnte und erst hinterher wieder in die Schweiz gezogen ist. Denn einerseits wird in Folge dessen auch der Umfang der in Deutschland zu vollstreckenden Züricher Urtheile in gleichem Maße eingeschränkt, anderseits aber handelt es sich hiebei doch jedenfalls nur um eine Erschwerung der der Natur der Sache nicht in allen Staaten vollständig gleichen Voraussetzungen der Urtheilsvollstreckung, welche, wie bei den Commissionsverhandlungen unter Bekämpfung des hinterher zurückgegangenen Antrages Eyssold ausdrücklich hervorgehoben wurde, für sich allein der Annahme der Gegenseitigkeit nicht entgegensteht. — Hahn, Materialien zur C. P. O. Seite 888. — Dagegen muß es im Hinblicke auf § 661 Abs. 1 der C. P. O., wornach das Vollstreckungsurtheil ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen ist, als ein wesentliches Erforderniß für die Annahme der Gegenseitigkeit betrachtet werden, daß auch der ausländische Richter sich jeder Prüfung der Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit der deutschen Urtheile enthält, dieselben vielmehr als selbstständigen Rechtstitel anerkennt. Dieser Vorschrift entspricht aber die Züricher Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht, da auch nach der von dem dortigen Obergerichte bekundeten beschränkenden Auslegung, welche der § 752 in der Praxis gefunden, der Richter immer noch zu prüfen hat, ob das ausländische und sohin nothwendiger Weise auch das deutsche Gericht nach den Gesetzen des *eigenen Landes* örtlich und sachlich zuständig war, und ob das erlassene Urtheil nicht gegen klares, materielles und formelles Recht verstößt oder auf offenbar unrichtigen, thatsächlichen Annahmen beruht. Dem gegenüber kann nicht entscheidend in Betracht kommen, daß bisher in allen Fällen, in welchen die auch von der deutschen C. P. O. verlangten Voraussetzungen für die Vollstreckung vorliegen, letztere seitens der Züricher Gerichte anstandslos vollstreckt wurden, weil durch diese möglicherweise nur auf einer zufälligen Uebereinstimmung der beiderseitigen Rechtsanschauung beruhende Vollstreckung die Thatsache nicht beseitigt wird, daß die Züricher Gerichte gegenüber den deutschen Urtheilen ein wenn gleich nur beschränktes Recht der Prüfung ihrer Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit in Anspruch nehmen, und hiedurch letzteren ihre Bedeutung als unanfechtbarer Rechtstitel entzogen wird. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Möglichkeit, daß die Vollstreckung deutscher Urtheile seitens der Zürcher Gerichte einmal aus den angegebenen Gründen verweigert wird, eine näher oder entfernter liegende ist. Durch das bloße Bestehen dieser *in der Auffassung der dortigen Gerichte*

von ihrer Stellung gegenüber ausländischen Urtheilen begründeten Möglichkeit wird die Annahme ausgeschlossen, daß die Gegenseitigkeit *verbürgt* ist. Den bisherigen Ausführungen kann man auch nicht entgegenhalten, daß der deutsche Richter nach § 661 Ziffer 2 das ausländische Urtheil gleichfalls auf seinen Inhalt zu prüfen habe. Denn diese Prüfung beschränkt sich bloß darauf, ob der Vollzug eines solchen Urtheils nicht mit dem *inländischen* öffentlichen Rechte in Widerspruch steht, läßt aber die Frage unberührt, ob der ausländische Richter nach dem Standpunkte der von ihm anzuwendenden Gesetze richtig oder unrichtig geurtheilt hat. Ebenso ist es unzutreffend, wenn geltend gemacht wird, daß die Bestimmungen in § 661 Ziff. 1—5 der C. P. O. nur beispielsweise aufgeführt seien, und daß dem Ermessen des deutschen Richters ein weiterer Spielraum offen gelassen werde. Allerdings muß letzterer prüfen, ob die zu vollstreckende Entscheidung die Natur eines Urteils habe, und ob sie von einem Gerichte erlassen ist. Allein dieses Prüfungsrecht ergibt sich aus dem Wortlaute des § 660 und 661 der C. P. O. wornach nur Urtheile von ausländischen Gerichten zu vollstrecken sind; im Uebrigen sind die Voraussetzungen für die Vollstreckung in § 661 klar und bestimmt vorgezeichnet, was nach der Züricher Gesetzgebung nicht der Fall ist. Im Sinne der hier vertretenen Anschauung hat auch das Reichsgericht in einem Urtheile vom 19. Mai 1882 — Band VII der Entscheidungen für Civilsachen Seite 406 ffg. — welches die Klagpartei mit Unrecht für sich zu verwerthen sucht, erkannt, und hiebei namentlich Gewicht darauf gelegt, daß die englischen Gerichte die Einrede, daß das ausländische Urtheil auf einem offenbaren thatsächlichen Irrthum beruhe, für zulässig erachten. Dem Gesagten gemäß rechtfertigt sich die in der Hauptsache erlassene Entscheidung, während für den Kostenpunkt die Bestimmung in § 92 der C. P. O. maßgebend ist.

Schluss:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urtheil des Landgerichtes Mülhausen vom 31. Oktober 1885 wird unter Verurtheilung derselben in die hierdurch veranlaßten Kosten verworfen.

Anmerkung der Redaktion. Das Oberlandesgericht anerkennt und dieß im Gegensatz zur vorinstanzlichen Begründung, daß wenn das zürcherische Obergericht im Anschluß an verschiedene hierorts ergangene Urtheile bekunde, daß der in § 752 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes zu Gunsten des richterlichen Ermessens getroffene Vorbehalt in der Praxis nur in einem beschränkten Sinne ausgelegt werde, dieser Feststellung für Beurtheilung der Gegenseitigkeit entscheidendes Gewicht zukomme, findet dann aber, daß auch nach dieser beschränkten Auslegung immer noch ein gewisses, wenn gleich sehr reduzirtes Recht der Prüfung deutscher Urtheile auf ihre Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit in Anspruch genommen und dadurch, — da der § 661 der deutschen Civilprozeßordnung dem dortigen Richter im Vollstreckungsprozeß ein ähnliches Recht überall nicht einräume, — die Gegenseitigkeit ausgeschlossen werde. Zur Rechtfertigung dieser Auffassung wird hauptsächlich geltend gemacht, daß die zürcherische Gerichtspraxis, soweit solche aus den Vorlagen ersichtlich sei, im Princip daran festhalte, daß ein ausländisches Urtheil auch dann nicht vollzogen werden solle, wenn dasselbe gegen *klares* formelles und materielles Recht verstoße oder auf *offenbar* unrichtigen thatsächlichen Annahmen beruhe. Wir können nicht zugeben, daß die dem Oberlandesgericht vorgelegten Akten die letzterwähnte Annahme festgestellt haben und sie ist auch nicht richtig. In dem, dem Oberlandesgericht Karlsruhe erstatteten Gutachten ist nur gesagt, daß ein Urtheil dann nicht vollzogen würde, wenn es bezüglich der Anwendung des für das urtheilende Gericht geltenden formalen und materiellen Rechtes so offensichtlich unrichtig wäre, *dass es den Namen eines Urtheils gar nicht mehr verdienen würde,* und diese letztere einschränkende Clausel scheint beim Erlaß des vorstehenden Urtheils bezw. bei Würdigung der Frage, ob der zürcherische Richter auch die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung

prüfe, unter's Wasser gefallen zu sein. Liest man jenes Gutachten ganz und vermeidet es, einzelne Sätze aus ihrem Zusammenhang loszulösen, so kann der Schluß nur der sein, daß die zürcherische Gerichtspraxis den Satz, es sei die Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit der zu vollziehenden Entscheidungen überall nicht zu prüfen, absolut und ausnahmlsos anerkennt und sich nur, wie es der deutsche Richter auch thut, die Prüfung darüber vorbehält, ob die Entscheidung, die er vollstrecken soll, auf den Namen eines Urtheils überhaupt Anspruch machen kann und dabei davon ausgeht, daß dießfalls die Benennung als Urtheil nicht allein entscheidend sein könne. Um ja keine Mißdeutung aufkommen zu lassen, wurde noch speziell hervorgehoben, daß die Urtheile aller Staaten, welche wie Deutschland die formellen und materiellen Requisite eines gehörigen Rechtsganges erfüllen, also wirklich urtheilen und nicht nur Machtsprüche fällen, ohne *jede* Nachprüfung ihrer materiellen Richtigkeit vollzogen werden und zum Beweise darauf hingewiesen, daß schon vielfache derartige Vollstreckungsbewilligungen ergangen seien. In keinem der bezüglichen Vollstreckungsurtheile werden Erwägungen zu finden sein, die sich mit der Prüfung der materiellen Richtigkeit der Entscheidung befassen und es ist eine durch nichts gerechtfertigte Unterstellung des Oberlandesgerichtes, wenn es annimmt, daß in allen diesen Fällen eine zufällige Uebereinstimmung in der beiderseitigen Rechtsanschauung bestanden habe und nur deßwegen die Vollstreckung gewährt worden sei. Wir können im Gegentheil versichern, daß z. B. das Handelsgericht in dem unter Ziff. 6 der Erwägungen des vorstehenden Urtheils erwähnten Falle einstimmig der Ansicht war, daß das Urtheil des Handelsgerichtes Genua unrichtig sei, ja nach hierseitiger Prozeßgesetzgebung cassationsfähig wäre und dennoch hat es dasselbe anstandlsos vollzogen.

Was uns aber hauptsächlich zu einer nochmaligen Anmerkung in dieser Sache veranlaßt hat, ist der Umstand, daß das Oberlandesgericht auch darin eine unzuläßige Prüfung der Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit der Entscheidung erblickt, daß der zürcherische Richter untersucht, ob das ausländische Gericht *auch nach seiner eigenen Prozessgetzgebung* zuständig gewesen sei. Diese Untersuchung findet nämlich allerdings statt und hat von jeher stattgefunden. Der Grund liegt in dem Wortlaut des § 752 des zürcherichen Rechtspflegegesetzes, dahingehend: „die „Vollziehung eines ausländischen Urtheils „darf unter allen Umständen nur dann ge- „währt werden, wenn es von einem Richter „ausgefällt ist, *welcher an sich competent* „*war und* dessen Competenz auch nicht „durch die hierseitige Gesetzgebung ausge- „schlossen wird“, also in einer positiven Vorschrift, welche den hiesigen Richter zwingt, die Competenz des ausländischen nicht nur nach seiner eigenen, sondern auch nach der Prozeßgesetzgebung des letztern selbst zu prüfen. Eine Prüfung der Gesetzmäßigkeit der *Entscheidung* ist das nun zwar unseres Erachtens durchaus nicht, allein es kommt in Frage, ob der deutsche Richter nicht deßwegen gleichwohl finden könne, daß dieselbe die Verbürgung der Gegenseitigkeit ausschließe, weil er umgekehrt das Recht nicht hat, die Zuständigkeit des zürcherischen Richters auf Grund der zürcherischen Prozeßgesetzgebung zu untersuchen, sondern nur prüfen darf, ob dieselbe nach seinem eigenen Prozeßrechte begründet gewesen sei oder nicht (siehe § 661 Ziff. *3* der deutschen Civilprozeßordnung.) Wir neigen uns der Ansicht zu, daß es nicht richtig wäre, darin einen Umstand zu erblicken, welcher die Verbürgung der Gegenseitigkeit ausschließe, denn daß eine so minime Abweichung in den Voraussetzungen der Urtheilsvollstreckung zweier Staaten der Annahme der Gegenseitigkeit entgegenstehen soll, liegt kaum im Sinne des § 661 der deutschen Civilprozeßordnung. Wir sprechen von einer minimen, und setzen hinzu praktisch werthlosen Abweichung, weil der deutsche Richter, wenn er nach unserem Prozeßgesetz zuständig war, es sozusagen immer auch nach seinem eigenen gewesen sein wird; nur das Umgekehrte, d. h. die Zuständigkeit nach dem letztern und dagegen die Nichtzuständigkeit nach unserem Prozeßrecht wird oft der Fall sein, weil wir den Gerichtsstand der Erfüllung und des Vertrages

in viel beschränkterem Umfange kennen als die deutsche Civilprozeßordnung. Die praktische Bedeutung jener Abweichung verschwindet um so mehr, als der deutsche Richter, wenn er auch die Zuständigkeit des schweizerischen nur auf Grund seiner eigenen Prozeßgesetzgebung prüfen darf, doch diese Prüfung nicht darauf beschränkt, ob der letztere dem deutschen Rechte entsprechende Grundsätze über Zuständigkeit angewendet habe, sondern dieselbe auch darauf ausdehnt, ob die Thatsachen, auf welche diese Grundsätze angewendet werden, die Zuständigkeit desselben zu begründen geeignet und erwiesen seien, denn damit wird praktisch so zu sagen das nämliche Resultat erreicht, wie wenn die Competenz vom deutschen Richter auch auf Grund unserer Gesetzgebung geprüft würde. (Siehe Commentar zum deutsch. Civilprozez von Struktmann u. Koch p. 608 Ziff. 6.)

Nach diesen Ausführungen hätte also auch der Umstand, daß der zürcherische Richter die Zuständigkeit des deutschen im Vollstreckungsverfahren nicht bloß auf Grund der eigenen, sondern auch der deutschen Prozeßordnung zu prüfen hat, die Verweigerung der Exekutionsgewährung des handelsgerichtlichen Urtheils nicht nach sich ziehen sollen und bedauern wir nur, daß der Lloyd sich nicht entschließen konnte, die Frage auch noch dem Reichsgericht vorzulegen, damit man einen absolut maßgebenden Entscheid gehabt hätte. Würde sich auch das Reichsgericht auf den Standpunkt gestellt haben, daß die Prüfung der Competenz des deutschen Richters auf Grund der dortigen Prozeßgesetzgebung einer Prüfung der materiellen Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit der Entscheidung gleichkomme oder sonst das Erforderniß der verbürgten Gegenseitigkeit ausschließe, so hätte das hierorts als in der deutschen Gerichtspraxis absolut feststehend betrachtet werden müssen, damit wäre aber festgestanden, daß hiesige Urtheile in Deutschland nie mehr auf Vollziehung Anspruch machen können, weil der hiesige Richter an jene Prüfung gebunden ist, und die Folge hätte die sein müssen, auch deutschen Urtheilen die Vollstreckung Mangels verbürgter Gegenseitigkeit grundsätzlich zu verweigern. Welche Tragweite nun dießfalls dem Urtheil des Oberlandesgerichtes zu Colmar beigelegt werden soll, wollen wir unentschieden lassen. Die zürcherischen Gerichte werden wohl noch Gelegenheit bekommen, sich damit befassen zu müssen.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 30. April 1886
in Sachen

des *A. Carbillet* in Constantine (Algier), Klägers und Widerbeklagten,

gegen

Kienast & Bäuerlein in Unterstraß, Beklagte und Widerkläger.

Forderung aus Kauf. Wandelungseinrede. Replik der Verwirkung der Mängelrüge durch Genehmigung der Waare und des Unterganges des Wandelungsanspruches wegen angeblicher Unmöglichkeit des Käufers, die Kaufssache in unverändertem Zustande zurückzugeben. (Art. 243, 253 und 254 des O.-R.)

Streitfragen:

I. Klage: Sind die Beklagten und Widerkläger verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten Fr. 1267. 65 Cts. als Betrag der Faktur vom 18. August 1885 und Fr. 42. 80 Cts. als Retourkosten der für diese Factur gezogenen Tratte nebst Zins à 6 % seit 6. Novbr. 1885 zu bezahlen?

II. Widerklage: Ist der Kläger und Widerbeklagte pflichtig, den Beklagten und Widerklägern Fr. 75.—, als irrthümlich an dessen Factur vom 3. August 1885 bezahlt, zurückzuvergüten?

Thatsächliches.

A. Die Parteien stehen seit einigen Jahren in Geschäftsverkehr, indem der Kläger den Beklagten Därme liefert, womit diese Handel treiben. Aus der vorgelegten Korrespondenz ist ersichtlich, daß etwa von Mitte des Jahres 1885 an die Beklagten sich über die Qualität der gelieferten Waare immer

stärker beklagten. So reklamirten sie unterm 15. August 1885 bezüglich einer Sendung vom 18. Juli, dieselbe sei gänzlich unbrauchbar, und baten, entweder nichts mehr oder dann besser zu liefern, die neuen Lieferungen werden streng untersucht und eventuell nicht bezahlt werden. Am 1. September schrieben sie dem Kläger, sie wollen von dessen Waare nichts mehr wissen; am 5. gl. Mts. brachten sie eine Reihe von Reklamationen über die Sendung des Klägers vom 3. August an, die vorletzte, die derselbe überhaupt machte, mit der Anzeige, daß sie die hiefür ausgestellte Tratte nicht regliren werden und wünschen, sich mit dem Kläger gütlich zu verständigen. Alle frühern Fakturen reglirten sie indeß immerhin, wie sie dem Kläger unterm 15. Sept. mittheilten.

B. Am 19. August 1885 ließ der Kläger in Constantine eine letzte Lieferung Därme an die Beklagten abgehen, in zwei Fässer verpackt, und stellte darüber Faktur aus. Hiernach lieferte er:

456 Bünde Menus de boeuf, sog. Kranzdärme, à Fr. 1. 10	Fr. 501. 60
267 Bünde Gros de boeuf, sog. Mitteldärme, à 50 Cts.	„ 133. 50
und 3423 Bünde Menus de mouton, Schafssaitlinge, à 18 Cts.	„ 616. 18
und brachte ferner von der Sendung vom 3. August noch in Rechnung	„ 16. 40
zus.	Fr. 1267. 65

Zugleich zeigte er an, daß er in diesem Betrage auf die Beklagten per Ende Oktober trassirt habe.

Diese Sendung kam in Zürich am 17. Sept. an und wurde von den Angestellten der Beklagten kurz darauf in Empfang genommen und in ihr Magazin gebracht.

C. Unterm 15. September hatten die Beklagten dem Kläger schon angezeigt, sie werden die unterwegs befindliche Lieferung vom 19. August genau untersuchen und wenn das Geringste daran fehle, dieselbe dem Kläger zur Verfügung stellen.

Nach Entgegennahme der Waare erklärten sie dann mit Brief vom 24. Sept. 1885 dem Kläger, sie lassen ihm dieselbe zur Verfügung, so wie sie sei. Als Grund nannten sie folgende Mängel: Sowohl die Kranzdärme, menus de boeuf, als die Mitteldärme, gros de boeuf, seien in schauderhaftem Zustande und ganz schwarz, was offenbar von den Packfässern herrühre, die vorher nicht gereinigt worden seien. Ferner messe ein Theil der gros de boeuf statt 4 Klafter nur eines und bei den Schafsdärmen fehlen 84 Bünde. Sie luden den Kläger ein, bald über die Waare zu verfügen, die sich noch unberührt bei ihnen befinde, und benachrichtigten ihn schließlich, daß die Tratte von Fr. 1267. 65 ihnen zur Annahme präsentirt worden sei, daß sie aber solche verweigert haben und dieselbe am Verfalltag nicht honoriren werden. — Der Kläger beließ die Tratte nichtsdestoweniger in Zirkulation, dieselbe mußte am 31. October mangels Zahlung protestirt werden und ging mit Fr. 42. 80 Cts. Retourkosten belastet an den Kläger zurück.

D. Mit Brief vom 2. October 1885 erklärte der Kläger mit Bezug auf die noch nicht reglirte Sendung vom 3. August, er reduzire die dafür ausgestellte Tratte von Fr. 975. — auf Fr. 900. — Die Kläger zahlten dann aber später (den 23. Nov. 1885) unter Außerachtlassung dieses Rabattes die Faktur im vollen Betrag von Fr. 975. — an den hiesigen Anwalt des Klägers.

E. Weiterhin machte der Kläger in seinem ebengenannten Brief den Beklagten mit Bezug auf die zur Disposition gestellte Sendung vom 19. August den Vorschlag eines Rabattes von Fr. 100. — am Fakturabetrag, wogegen dieselben die Waare anzunehmen hätten, und erbat sich hierauf telegraphische Antwort. Dieselbe wurde ihm mit Depesche der Beklagten vom 7. October in verneinendem Sinne zu Theil und dies mit Brief vom gleichen Tage bestätigt.

Der Kläger begab sich nach Empfang der Depesche sofort von Constantine nach Zürich und erschien am 13. October im Bureau der Beklagten, wo er dem Associé Bäuerlein eröffnete, er wünsche die beanstandeten Därme zu sehen. Diese waren nach der Ankunft von den Arbeitern der Beklagten ausgepackt, das eine der beiden Fässer zerschlagen und die Rindsdärme im Keller des Magazins in

Cementtröge gebracht worden, als der speziellen Einrichtung zur Lageruug solcher Waare, in denen dieselbe, durch beschwerte Deckel geschützt, aufbewahrt zu werden pflegt. — Als der Kläger die ihm dann vorgewiesene Waare erblickte, von welcher nach Darstellung der Beklagten ein ganz abscheulicher Geruch ausging, erklärte er lebhaft und bestimmt, diese Waare sei nicht die seinige und verblieb später und bis heute auf dieser Behauptung. Er weigerte sich, die Waare zurück zu nehmen, über eine gütliche Erledigung der Differenz wurden die Parteien nicht einig, der Kläger bestellte seinen heutigen Anwalt und reiste wieder nach Constantine zurück. Er läßt vortragen, seine Absicht sei gewesen, die Waare, die er schon weiter nach Lyon verkauft gehabt, abzuholen; die Beklagten dagegen behaupten, er sei gekommen, um seine Geschäftsverbindung mit ihnen, die ihm von großem Werth gewesen sein müsse, da sie Abnehmer seiner ganzen Produktion gewesen seien, zu retten oder in Zürich einen neuen Abnehmer zu suchen.

F. Vom 17. October 1885 an wurden zwischen den Parteien eine Reihe von Korrespondenzen gewechselt, welche eine gütliche Verständigung zum Ziele hatten. Im Laufe derselben erstattete Joh. Lang, Brühmeister in Unterstraß, auf Veranlassung des klägerischen Anwaltes demselben folgendes Gutachten: Er habe am 21. Nov. 1885 in Gegenwart von Vertretern beider Parteien die im Streite liegenden Därme geprüft, dabei sämmtliche Bünde untersucht, einen solchen mit nach Hause genommen, eingeweicht und sodann neuerdings untersucht, und hiebei habe sich ergeben: „1) daß die fraglichen Därme von Anfang an nicht richtig behandelt, resp. nicht gehörig konservirt wurden, 2) daß dieselben in diesem Zustande zu lange auf Lager gehalten wurden, was zur Folge hatte, daß dieselben halb verfaulten und erstickten und deßhalb total unbrauchbar sind.“ — Es ist zu bemerken, daß die Parteien sich zuerst auf Friedrich Mörker, Bratwurster in Zürich, geeinigt hatten, dieser aber das Mandat nicht übernommen hatte; der Vertreter des Klägers äußerte sich dabei über denselben dahin, daß er ihn als durchaus sachkundig und unparteiisch anerkenne. Schließlich zerschlugen sich die Vergleichsunterhandlungen und es kam zum gegenwärtigen Prozeß.

G. In der Hauptverhandlung anerkannte der Anwalt des Klägers, daß bei der streitigen Sendung 84 Schafsdärme gemangelt haben und reduzirte daher die Klage um Fr. 15 12 Cts., nämlich auf Fr. 1252. 52, zuzüglich Fr. 42. 80 Cts. für Retourkosten, zusammen Fr. 1295. 33 Cts., nebst Zins à 6 % seit 6. Nov. 1885. Derselbe bestritt die Identität der ihm zur Verfügung gestellten mit der verkauften Waare, behauptete eventuell, die Waare sei genehmigt in Folge des Auspackens und der Behandluug durch die Beklagten, bestritt weiter eventuell, daß die Mängel der Waare schon bei der Ankunft in Zürich vorhanden gewesen seien, ferner, daß solche die Waare zum vorausgesetzten Gebrauch untauglich machen, so daß jedenfalls nur eine Minderung am Preise verlangt werden könne. Der Anwalt der Beklagten beantragte Abweisung der Klage, indem er dieser gegenüber in erster Linie die Einrede der Wandelung des Kaufes erhob, bezüglich der ganzen Waarenpartie, eventuell für alle Rindsdärme; in zweiter Linie verlangte er Minderung des Kaufpreises um wenigstens Fr. 500, bezw. für den höhern Betrag des Minderwerthes, den die Expertise feststellen werde. Widerklagsweise verlangte derselbe sodann die Gutheißung der Fr. 75, die der Kläger durch Brief vom 2. Oktober 1885 für die Faktur vom 3. August von Fr. 975 gestattet habe, indem aus Irrthum letzterer Betrag voll vergütet worden sei. — Mit Entschiedenheit behauptete derselbe die Identität der zurückgebotenen mit der vom Kläger empfangenen Waare, und berief sich dafür auf die Arbeiter, welche die Därme ausgepackt haben, ferner Brühmeister Lang als Zeugen, sodann auf die Skripturen der Beklagten und endlich Expertise, indem die Waare jedes Lieferanten auf eine besondere Art gebunden sei, an der dieselbe erkannt werden könne. Weiterhin wurde bestritten, daß die Empfangnahme und Behandlung der Waare eine Genehmigung und Verfügung darüber enthalte und hier angeführt, die

Prüfung der Waare habe das Auspacken und Zählen derselben erforderlich gemacht, deren Tauglichkeit zu dem beim Kauf vorausgesetzten Zweck, die Verwendung in der Wurstfabrikation, sei aber erst bei der Verwendung selbst zu erkennen gewesen, und daher sei die vorläufige Lagerung der Waare angezeigt gewesen. Auch die Aufrechterhaltung ihres Bestandes habe die Lagerung (sämmtliche Rindsdärme seien in den mit Nr. 64 bezeichneten Cementtrog gelegt worden) und die Behandlung wie sie erfolgt sei, nämlich durch Zusetzen von Salz nöthig gemacht; denn nur hiebei sei eine Möglichkeit verblieben, die Waare vor gänzlichem Untergang durch Fäulniß zu retten. — Die Forderung für Retourkosten wurde bestritten, da der Kläger bei der ihm angezeigten Unsicherheit, ob die Waare angenommen werde, alle Veranlassung gehabt habe, keinen Wechsel zu ziehen und jedenfalls diesen, nachdem dessen Annahme verweigert worden, aus der Zirkulation hätte zurückziehen sollen, so daß ihn eventuell wenigstens die seither entstandenen Spesen treffen. — In der Replik wurden alle der Klage widersprechenden Behauptungen der Beklagten bestritten und bezüglich der Widerklage eingewendet, der in Aussicht gestellte Rabatt von Fr. 75 sei lediglich ein Vergleichsvorschlag gewesen, der in Folge Nichtannahme dahingefallen sei.

H. Das Gericht beschloß sodann die Abnahme der anerbotenen Beweise, indem es zum Experten den Friedr. Mörker ernannte; der Vertreter des Klägers hatte sich mit dessen Bestellung zuerst einverstanden erklärt, dann aber im gleichen Athemzuge wieder gegen ihn protestirt, weil derselbe sich bei Annahme des Mandates, nachdem er früher solches zurückgewiesen habe, verdächtig machen würde. — Die Abnahme der Beweise fand vor einer Abordnung des Gerichtes im Geschäftslokale der Beklagten statt und ergab Folgendes:

Vom Vertreter der Beklagten wurde nachgewiesen, daß diese seit einiger Zeit, um zu verhindern, daß ihr Geschäftspersonal außer dem Büreau Kenntniß von den Adressen der Lieferanten der verschiedenen Darmsorten bekomme und damit Mißbrauch treibe, folgende Einrichtung getroffen haben: Auf einem Tableau sind neben einander in 4 Rubriken die 4 Darmsorten und in jeder Rubrik die verschiedenen Lieferanten, resp. Provenienzen der betr. Darmsorte aufgeführt; jedem Namen ist, durch die 4 Rubriken fortlaufend, eine Nummer beigegeben; es tritt nun im Verkehr mit dem Magazinpersonal die Bezeichnung dieser Nummer an Stelle der Nennung der Provenienz. Im Magazin sind nämlich die Darmsorten der verschiedenen Provenienzen in Cementtrögen, Fässer und Kübeln getrennt gelagert, und jeder Behälter mit der für seinen Inhalt im Tableau vorgemerkten Nummer versehen. Es wurde auch gezeigt, wie diese Einrichtung in den Büchern durchgeführt sei, und daß schon der Geschäftsreisende bei Uebersendung der bei Kunden aufgenommenen Bestellungen die Provenienznummer bezeichne. In diesem Provenienzentableau findet sich nun in Rubrik 3 (gesalzene Kranzdärme) „A. Carbillet, Constantine" mit Nro. 64 notirt, bei den gesalzenen Mitteldärmen mit Nro. 95 und den Schafsaitlingen mit Nro. 5. Im Keller des Magazins wurde dann, nachdem noch speziell die Existenz dieser Provenienz-Nummern auch in der übrigen Buchführung gezeigt worden, eine Reihe an der Wand angebrachter tiefer Cementtröge vorgewiesen und darunter ein solcher mit der Nro. 64 und nach Wegnahme des mit Steinen beschwerten Deckels auf darin enthaltene Darmbünde von ekelhaftem Aussehen und Geruch, als die streitigen Rindsdärme verwiesen, als Behälter der Schafsdärme wurde ein Fäßchen und ein Kübel, mit der Nro. 5 versehen, vorgezeigt.

Dann wurde gezeigt, daß die im Trog Nr. 64 liegenden Bünde alle gleich, in einer gewissen charakteristischen Weise gebunden seien, und ebenso wieder unter sich gleich, aber in einer ganz anderen Art die Bünde anderer Provenienzen. Der Experte erklärte, die spezielle Bindungsweise sei für jede Provenienz so charakteristisch, daß dieselbe daran stets erkannt werden könne. Dies bestätigten eine Reihe Magazinarbeiter der Beklagten als Zeugen, (Stolz, Sigg, Surber und Gisler) ebenso Brühmeister Lang, letzterer erklärte, er habe bei Untersuchung der Waare im

Trog Nro. 64 darin lauter Bünde mit der gleichen Bindungsart vorgefunden, (ebenso der Experte Mörker), Stolz, Surber und Gisler gaben an, es sei ihnen speziell bei Nr. 64 bekannt, daß dies Waare von Carbillet sei. Lang bezeugte, er erkenne die Waare in diesem Trog als die gleiche, die er im November 1885 untersucht habe, sie sei auch ganz im nämlichen Zustand wie damals. Candid Frei gab an, er habe die beiden Fässer von Carbillet auf der Bahn abgeholt, und sie haben derart gestunken, daß man ihn dort geheißen habe, damit sobald als möglich fortzukommen. Die Zeugen Stolz, Sigg, Surber und Frei deponirten, als im September die beiden Fässer gekommen, habe man sie vor dem Hause ausgepackt, gezählt, in Körben in den Keller getragen und in den Cementtrog Nro. 64 gelegt; der darüber näher befragte Jakob Stolz sprach hier nur von den Kranzdärmen. Stolz und Gisler sagten, man habe noch etwas Salz an die Därme gethan. Letzterer erklärte, seither habe man an der Waare Nichts mehr gegemacht, während Stolz angab, ein Theil derselben sei noch umgearbeitet, d. h. neugeknüpft worden, letzteres wurde dann auch von Gisler bestätigt, der Beklagte Bäuerlein erklärte, das Umarbeiten bestehe lediglich darin, daß sämmtliche Bünde, welche vom Lieferanten in ungleicher Länge kommen, durch Sortiren und Kombiniren der Stücke auf die nämliche Länge gebracht werden. — Stolz und Gisler und auf eindringliches Befragen auch Surber deponirten, als man die im Sept. angekommene Waare in den Trog Nro. 64 gelegt habe, sei dieser nicht ganz leer gewesen, sondern es haben sich darin noch einige Därme vorgefunden, die Carbillet mit seiner vorletzten Sendung (vom 3. Aug. 1885) geliefert habe. Stolz und Surber erklärten, die Ausscheidung letzterer Stücke wäre ihnen nicht möglich. Surber gab endlich an, zur Partie Därme vom September sei wahrscheinlich später in den Trog Nro. 64 noch eine Partie Därme von der vorletzten Sendung des Carbillet gelegt worden, die verkauft, dann aber von den Kunden wieder zurückgesandt wurden; dies bestätigte dann auch Konrad Gisler.

Der Experte Friedr. Mörker erklärte: Sämmtliche Därme im Trog Nro. 64 sind durchaus zu Grunde gerichtet, die Waare ist gänzlich unbrauchbar, sowohl für den vorausgesetzten Zweck, die Charkuterie, als auch für jeden andern Zweck, da sie halb faul ist. Dieser Zustand war jedenfalls schon bei Ankunft der Waare in Zürich vorhanden. Man sieht, daß die Därme von Anfang an verwahrlost wurden, schon vor dem Einsalzen und Verpacken. Die Därme müssen sofort, wenn sie vom Thier kommen, richtig und sorgfältig gereinigt und behandelt werden, sonst gehen sie zu Grunde, zur Sommerszeit ist letzteres in einem halben Tage möglich. Diese Därme sind durchaus nachlässig behandelt worden und darum total verdorben; wäre die Waare von Anfang an gut gesalzen und richtig behandelt worden, so hätte sie sich Jahre lang in den Fässern gehalten. — Nach einer Zählung der im Trog 64 enthaltenen Darmbünde gab der Experte die Zahl derselben auf 508 an.

J. In der heutigen Schlußverhandlung beantragte der Vertreter des Klägers die Gutheißung seiner in der Hauptverhandlung gestellten Rechtsbegehren, sowie, daß die Kosten den Beklagten auferlegt und diese verpflichtet werden, ihm eine Prozeßentschädigung von Fr. 300 bis Fr. 400 zu bezahlen. — Der Vertreter der Beklagten erklärte, die Schafsdärme seien schon beim Augenschein aus dem Streit gezogen worden, indem er derselben nicht mehr erwähnt und deren Expertisirung nicht verlangt habe. Weiterhin werde nun die Klagebestreitung fallen gelassen bezüglich der fakturirten 267 gros de boeuf; diese seien im Trog Nro. 64 nicht enthalten, sondern im Trog Nro. 95, im Streite bleiben also nur noch die 456 menus de boeuf à Fr. 1. 10 Cts., bezüglich derselben beantrage er Abweisung der Klage, sowie auch für die Fr. 42. 80 Cts. Retourkosten, dagegen Gutheißung der Widerklage von Fr. 75, unter Kostens- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Gegners. Endlich behalte er sich vor, diesem den Betrag der ausgelegten Fracht im Verhältniß des Gewichtes der zurückgebotenen zur fakturirten Waare in Abzug zu bringen. —

Der Gegenanwalt bezeichnete diese Erklärungen als eine unzulässige Veränderung des Rechtsbegehrens, und protestirte hiegegen, ebenso auch gegen die noch verlangte Befragung des vom Vertreter der Beklagten mitgebrachten Experten Mörker, ob sich bei den 508 Darmbünden im Trog Nro. 64 lauter menus de boeuf à Fr. 1. 10 Cts. oder auch gros de boeuf à 50 Cts. vorgefunden haben; die Frage wurde aber zugelassen und vom Experten im erstern Sinne bejaht.

Entscheidungsgründe:

1. Die Hauptklage geht in der prinzipalen Post auf Zahlung der mit Faktur vom 18. August 1885 den Beklagten verkauften Därme; der Vertreter der letztern verlangte dagegen in der Hauptverhandlung die Wandelung des Kaufes im ganzen Umfange. Beim Augenschein wurde dann allerdings der Schafsdärme in jeder Hinsicht nicht mehr erwähnt, und heute ist die Wandelungseinrede ausdrücklich auf die kleinen Rindsdärme, menus de boeuf, eingeschränkt worden. Damit wurde die Erklärung verbunden, daß die Zahlungspflicht bezüglich der beiden andern Waarenposten anerkannt werde, und es ist nun durchaus nicht einzusehen, warum diese nachträgliche, theilweise Klageanerkennung unzulässig sein sollte. Im weitern kann aber auch nicht gesagt werden, daß diese neuen Erklärungen die frühere thatsächliche Darstellung der Beklagten als unwahr erscheinen lassen; denn es bestand hier nicht sowohl ein Widerspruch, als viel eher eine Lücke im thatsächlichen Vortrag in der Hauptverhandlung, welche wahrscheinlich auf einer mangelhaften Instruirung des Anwaltes der Beklagten beruhte, daß aber diese selbst im Prozesse von Anfang an nur die Kranzdärme zurückgeben wollten, ist dadurch wahrscheinlich, daß sie in dem von ihnen in der Hauptverhandlung zu den Akten gegebenen Provenienzentableau nur diese Sorte, die Nro. 64, als für den Prozeß von Bedeutung hervorhoben, dagegen der weitern Sorten Nro. 95 und 5 gar nicht erwähnten und dieß auch in der Augenscheinverhandlung thaten, wobei lediglich unterlassen wurde, zur Klarheit zu bringen, daß in dem Trog No. 64 bloß die Kranzdärme enthalten seien, was übrigens der Zeuge Stolz bemerkte. Der Protest des klägerischen Anwaltes gegen den heutigen Rechtsstandpunkt der Gegenpartei ist daher unbegründet, und es konnte die Ausdehnung der Expertise, wie diese sie verlangte, nicht ausgeschlossen werden.

2. Zur Begründung der Klagebestreitung wurde neben der Wandelungseinrede auch der Anspruch auf Minderung des Preises wegen Mängeln der Waare geltend gemacht, jedoch nur eventuell, so daß hierauf zunächst nicht einzutreten und also auch nicht zu untersuchen ist, ob Angesichts der Thatsache, daß die Beklagten die Zahlungspflicht bezüglich der menus de boeuf ganz bestreiten und der Minderungsanspruch also wenigstens bei dieser Partie den Betrag des Kaufpreises erreicht, derselbe nicht gemäß Art. 250 des O.-R. ausgeschlossen sei.

3. Gegenüber der Wandelungseinrede wird nun vor Allem replizirt, dieselbe sei dadurch verwirkt, daß die Beklagten die Waare im kaufmännischen Sinne genehmigt, übernommen und damit zu der ihrigen gemacht haben. In dieser Hinsicht ist vorerst jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß die Beklagten in ihrer Korrespondenz mit dem Kläger deutlich den gegentheiligen Willen an den Tag legten, ihm die Waare zur Verfügung zu lassen, und zwar rechtzeitig. Es kann sich nur fragen, ob nicht in den Handlungen, die sie mit Bezug auf die Waare vornahmen, rechtlich eine Besitzergreifung gefunden werden müsse. Nach Art. 248 des O.-R. durften die Beklagten die Waare nicht einfach dem Verkäufer überlassen; sondern sie mußten für einstweilige Aufbewahrung derselben sorgen. Es ist nun anzunehmen, sie haben die Kranzdärme, nachdem sie solche ausgepackt und etwas eingesalzen, in den Cementtrog Nr. 64 gelegt und dort verwahrt. Das Auspacken war schon nöthig zur Sonderung der Dispositionswaare von der zu behaltenden, und konnten die Beklagten, wenn sie auch damals die Absicht hatten, die ganze Partie zurückzugeben, diese Behandlung für erforderlich zu einer richtigen Aufbewahrung halten; denn nach der Expertise ist eine genügende Einsalzung und sorgfältige Behandlung der Därme

zu ihrer Erhaltung nothwendig, und war solche bei Ankunft der Waare nicht vorhanden, daß aber die Beklagten ihre bezüglichen Bemühungen in der That für nützlich erachteten, darf ohne weiteres angenommen werden. Anderseits kann, nachdem der Experte erklärt, die Waare sei schon bei Ankunft in Zürich total verdorben und werthlos gewesen, auch nicht gesagt werden, daß die Beklagten Art. 248 Satz 3 des O.-R. in Anwendung bringen und die Waare unter Anzeige an den Kläger hätten verkaufen lassen sollen, da eben die Verderbniß nicht mehr abzuwenden war. Dagegen wurde allerdings die Aufbewahrung im Weitern in einer Art und Weise vollzogen, welche die Frage nahe legt, ob darin nicht mehr liege, nämlich eine Aneignung der Waare. Es ist daran zu erinnern, daß nach den Zeugenaussagen im Cementtrog Nr. 64, als die streitigen Kranzdärme hineingelegt wurden, noch solche von der Lieferung des Klägers vom 3. August 1885 vorhanden waren, ferner, daß späterhin Därme von dieser Lieferung, nachdem sie von Kunden zurückgegeben worden, ebenfalls in diesen Trog gelegt wurden, und endlich, daß ein Theil der Waare im Cementbehälter Nr. 64 neu geknüpft, also einer Behandlung unterworfen wurde, die stark darauf hinweist, daß man die betreffenden Därme im eigenen Geschäft habe verwerthen wollen. Es ist indeß nicht nur zweifelhaft, ob diese Handlungen, welche durch Magazinarbeiter vorgenommen wurden, dem Willen der Beklagten entsprochen haben, oder lediglich einem Versehen der Angestellten zuzuschreiben seien, sondern auch, was die Umarbeitung einzelner Därme anbetrifft, namentlich auch nicht festgestellt, daß dieselben auch mit Bezug auf Därme von der streitigen Lieferung erfolgt sei. Jedenfalls kann Angesichts des Zustandes der Waare und der schriftlichen Aeußerungen der Beklagten von einer klaren Bekundung des Willens, die Waare für sich zu behalten, nicht gesprochen werden. Daß es aber hierin gerade im vorliegenden Falle zu Gunsten des Klägers mit der Interpretation strenge genommen werde, kann dieser natürlicher Weise nicht erwarten; denn wenn als festgestellt betrachtet werden muß, daß die streitige Partie Waare schon bei der Ankunft in Zürich überhaupt werthlos war, so bestand seinerseits auch kein Interesse an einer strikten Jntakthaltung der Waare, und es trifft also der Rechtsgedanke, welcher der bei dieser Frage, im übrigen allerdings strengen Praxis, zu Grunde liegt, hier keineswegs zu. Die Behauptung der Genehmigung der Waare erscheint also als unbegründet.

4. Der Wandelungsanspruch, den die Beklagten bezüglich der streitigen Partie auf dem Wege der Einrede erheben, ist nach Art. 249 verbunden mit Art. 243 des O.-R. dann gegeben, wenn die Waare Mängel hat, die ihren Werth oder die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Den bezüglichen Thatbestand hat der Käufer beim Distanzkaufe, und um einen solchen handelt es sich hier, ohne Verzug gehörig feststellen zu lassen; wenn letzteres aber nicht geschieht, so hat dieß gemäß Art. 248 Satz 2 des O.-R. lediglich die Folge, daß dem Käufer der Beweis obliegt, daß die behaupteten Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden waren. In dieser Lage befinden sich nun die Beklagten. Unter der Voraussetzung nun aber, daß die im Trog Nr. 64 enthaltene Waare mit der streitigen, vom Kläger empfangenen identisch sei, was soeben zu prüfen sein wird, darf im Hinblick auf die Expertise und das diese bestätigende Zeugniß des wohl sachkundigen Brühmeister Lang ohne jedes Bedenken angenommen werden, dieser Beweis sei geleistet; denn hiernach waren die Därme schon bei ihrer Verpackung in Constantine in Folge fehlerhafter Behandlung verdorben und unzweifelhaft zum vorausgesetzten Gebrauche für die Wurstfabrikation ganz untauglich, ja entweder schon damals oder kurze Zeit später überhaupt zu Grunde gerichtet und werthlos.

5. Hiebei ist überall die Identität der zurückgebotenen und im Streite liegenden mit der gekauften und empfangenen Waare vorausgesetzt. Letztere ist selbstverständlich von den Beklagten zu beweisen, und bei Nichtleistung dieses Beweises müßte der Wandelungsanspruch auch insofern als verwirkt betrachtet werden, als die Beklagten dann

nicht mehr im Stande wären, die nach Art. 253 des O.-R. mit der Wandelung für sie verbundene Pflicht zur Rückgabe der Sache zu erfüllen; denn sie behaupten nicht etwa den gänzlichen Untergang des Sachkörpers ohne eigene Schuld, welche sie nach Art. 254 Satz 1 des O.-R. von jener Pflicht befreien würde. Für die Frage der Identität kommt nun in Betracht: Durch die Zeugenaussagen ist jedenfalls festgestellt, daß die sämmtlichen im Streite liegenden 456 Bünde Kranzdärme unmittelbar nach ihrer Ankunft in den Cementtrog Nr. 64 gelegt und dort verblieben. Weiterhin ist nachgewiesen, daß sämmtliche in diesem Troge befindliche Darmbünde Kranzdärme vom Kläger sind, dies geht nach der Expertise aus der charakteristischen Art und Weise der Bindung hervor und weiter aus der nachgewiesenen Geschäftseinrichtung, wornach hier lediglich Waare dieser Sorte und Provenienz gelagert werden konnte. Hingegen steht wiederum ebenfalls fest, daß sich im Trog nicht bloß die streitige Menge von 456 Bünden vorfindet, sondern 508 solcher, also 52 mehr, nämlich solche von der Lieferung des Klägers vom 3. August 1885, sowie, daß die Unterscheidung dieser 52 von jenen 456 Bünden nicht möglich ist. Hieraus folgt nun, daß bei Rückgabe von 456 dieser Bünde die Identität bei 52 derselben unsicher wäre, also nur bei 402 sicher, sowie daß überhaupt alle 508 zurückgegeben werden müssen, damit Kläger die individuellen 456 von ihm gelieferten zurückbekommt. In diesem Umfang und Sinne ist demnach der Identitätsbeweis geleistet, und es frägt sich, ob dies genüge.

6. Letzteres ist jedenfalls der Fall, soweit dieser Beweis nach den vorhergehenden Ausführungen erforderlich ist bei Beurtheilung der Genehmigung der Waare und Begründetheit der Mängelrüge, denn hier genügt es, daß die streitige Waare in den 508 Bünden enthalten ist. Die Frage ist aber auch zu bejahen mit Bezug auf die den Beklagten nach Art. 353 des Obl.-R. obliegende Pflicht zur Rückgabe des Kaufobjektes. Es fällt in Betracht, daß dieses letztere in einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen besteht, also solcher, bei denen die Individualität ohne ökonomische Bedeutung und daher auch für den Kläger ohne Interesse ist, und dies gilt namentlich hier, wo feststeht, daß die Waare allen Nutz- und Verkehrswerth verloren hat. In einem Falle dieser Art wegen Vermengung eines ziemlich unbedeutenden Theiles der Waare mit einer andern ganz gleichen desselben Verkäufers den Wandelungsanspruch auf Grund des Art. 253 als verwirkt erklären, würde offenbar aller Billigkeit widersprechen und liegt gewiß nicht im Sinne des Gesetzes. Daß aber eine Umgestaltung der Sache, von der Art. 254, Satz 2 spricht, vorliegt, kann nicht gesagt werden. Demgemäß tritt die Wandelungseinrede in Wirksamkeit.

7. Dies hat zur Folge, daß bezüglich der Kranzdärme der Kauf dahinfällt, so daß die Beklagten die Waare zurückzugeben, die Klage aber bezüglich derselben abzuweisen ist.

8. Die Forderung von Fr. 42. 80 Cts. für Retourkosten pualifizirt sich als ein Schadensersatzanspruch und würde zur Voraussetzung haben, daß die Nichteinlösung der Tratte vom 19. August 1885 den Beklagten zum Verschulden anzurechnen wäre. Dies ist aber offenbar nicht der Fall, da sie die Zahlungspflicht von Anfang an, und zwar theilweise mit Recht bestritten; der Kläger hat sich diese unnützen Kosten um so mehr noch selbst zuzuschreiben, als ihm schon vor der Ausstellung der Tratte angezeigt war, daß die Forderung wahrscheinlich eine zweifelhafte sein werde, was ihn an der Ausstellung eines Wechsels hätte verhindern sollen.

9. Die Widerklage erscheint als begründet; der Kläger bestreitet selbst nicht, den Rabatt von Fr. 75 an der Faktur vom 3. August 1885, welchen die Beklagten damit geltend machen, gewährt zu haben, sondern behauptet nur, diese Offerte sei bedingt gewesen durch die Annahme der andern, bezüglich der Lieferung vom 19. gl. Mts. gemachten. Für diese Willensmeinung gibt aber der klägerische Brief vom 2. Okt. 1885 durchaus nicht genügenden Anhaltspunkt, da die beiden Vorschläge nicht etwa bedingungsweise unter sich Bezug nehmen, sondern als getrennt und selbständig aufgefaßt werden müssen.

10. Das Verhältniß, in dem die Parteien obsiegen und unterliegen, sowie der Umstand, daß die theilweise Klageanerkennung der Beklagten erst im Laufe des Prozesses erfolgte, rechtfertigen es, die Kosten beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.

Schluss:

1. Die Klage ist im Betrage von 750 Fr. 93 Cts. nebst Zins gutgeheißen, im weitergehenden Betrage abgewiesen; die Widerklage ist im vollen Betrage von 75 Fr. gutgeheißen und es haben die Beklagten und Widerkläger dem Kläger und Widerbeklagten daher 675 Fr. 93 Cts. nebst Zins à 6 % seit 6. November 1885 zu bezahlen und ihm die gelieferten menus de boeuf zur Verfügung zu stellen.
2. Die Staatsgebühr beträgt 100 Fr.
3. Die Kosten sind den Parteien zu gleichen Theilen aufgelegt.
4. Mittheilung.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Juli 1886. V. Band. № 12.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 4. März 1886
in Sachen
des *G. Hensinger, Xylographische Anstalt* in München, Klägers,
gegen
1) *Cäsar Schmidt,* Buchhändler in Zürich,
2) *J. A. Preuss*, Buchhändler daselbst,
Beklagte,
betr. Forderung aus Werkvertrag.

Einrede der Compensation mit einer aus nicht rechtzeitiger Vertragserfüllung abgeleiteten Schadenersatzforderung. Replik des Verzichtes auf Innehaltung des ursprünglich vereinbarten Erfüllungstermines. Frage des Causalzusammenhanges zwischen der Verspätung und dem geltend gemachten Schaden etc.

Streitfrage:

Sind die Beklagten verpflichtet, dem Kläger Fr. 4532. 82 oder Mark 3626. 26 Pf. nebst Zins à 5 % seit 1. August 1885 zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Die beiden Beklagten unternahmen es gemeinschaftlich, eine Reihe kleiner illustrirter geographischer Darstellungen im Genre der Orell-Füssli'schen Wanderbilder unter dem Titel „Städtebilder“ herauszugeben. Die Illustrationen mußten größtentheils neu beschafft werden und zwar meist durch Holzschnitte, deren Erstellung verschiedenen xylographischen Anstalten übertragen wurde. So übernahm auch der Kläger die Herstellung von Holzschnitten. Der bezügliche Vertrag wurde am 10. März 1885 zwischen Preuss und ihm in Stuttgart abgeschlossen, welche Stadt Kläger eben verließ, um in München ein xylographisches Atelier zu eröffnen. Darnach verpflichtete sich der Kläger „zur Anfertigung resp. Lieferung“ von *100 Holzschnitten* verschiedenen, näher limitirten Formats für die Kollektion der Städtebilder. Er macht sich verbindlich, diese Holzschnitte *bis 20. April* 1885 *an Preuss* abzuliefern, und zwar nicht erst alles an diesem Termin, sondern successive vom 10. April an und zwar nach Anordnung des Hrn. Preuss, so daß Mitte April mit dem Druck der einzelnen Bändchen begonnen werden kann. Die Photographie werde durch Herrn Ritter besorgt und mit diesem verrechnet, „jedoch haftet der Unterzeichnete (Kläger) in jedem Falle, auch falls Herr Ritter verhindert sein sollte, für rechtzeitige Fertigstellung, da die Ablieferung der 100 Stöcke durch nichts versäumt werden darf.“ „Die 100 Vorlagen müßen dem Unterzeichneten innert 8 Tagen sämmtlich übergeben sein, die ersten heute durch Frau Hensinger in Stuttgart, (Mutter des Klägers). Weiterhin verpflichtete sich Kläger zur Ausführur

sämmtlicher nöthiger Korrekturen aller Stöcke, die der Xylograph Ade in Stuttgart den Beklagten für die Städtebilder geliefert hatte und die zum Theil mangelhaft waren und zwar: „zur Lieferung von jetzt an bis *Ende* April." Dem Kläger wird zugesichert, daß die Zahlung nach Ablieferung der 100 Stöcke und der Ade'schen Korrekturen sofort durch einen Wechsel erfolgen werde, wogegen Kläger sich ausdrücklich als haftbar erklärt: „für allen durch unpünktliche Ablieferung entstandenen Schaden".

B. Wie die Beklagten anführen, traf Preuss die Frau Hensinger, als er ihr am Tage des Vertragsschlusses, den 10. März, eine Reihe Vorlagen übergeben wollte, nicht mehr zu Hause an und erfolgte daher die Uebergabe erst am nächsten Tage und zwar wurden laut Brief vom 10. März folgende Vorlagen übergeben:

Zum Bändchen Mainz-Köln die Vorlagen zu den Holzschnitten Nr. 12, 13, 16, 20, 24, 25, 27, 28, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, und 42.	16
Zum Bändchen Frankfurt a. M. die Vorlagen zu den Holzschnitten Nr. 1, 2, 4, 6, 8, 9, 15, 19, 21—26, 28.	15
Zum Bändchen Hannover die Vorlagen zu den Holzschnitten 1—3, 5, 7, 8, 10—13, 16, 22, 23 und 27.	14
Zum Bändchen Venedig	19
zusammen	64 Vorlg.

In die Hände des mittlerweile nach München übergesiedelten Klägers gelangten diese Vorlagen erst am 13. März. Mit Brief vom 20. März wurden demselben von Zürich aus weiter übersandt:

Vorlagen zum Bändchen *Mainz-Köln* Nr. 32, 44, 45	3 Stück
Vorlagen zum Bändchen *Wien* Nr. 3—23	21 „
Vorlage z. Bändchen *Venedig*	1 „
„ „ „ *Würzburg* Nr. 26	1 „
Vorlagen z. Bändchen *Berlin* die Nr. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, ‥ 14, 15, 17, 20, und 21.	13 „

Ferner wird gesagt, — erhalten Sie in 45 Tagen noch 2 Vorlagen Nr. 1 und 2 Wien, es wären das zusammen 41 oder im Ganzen 105 außer den 4 Stöcken München Nr. 40, 41, 42, 43, von Herrn Ritter und außer den Aufnahmen von Ritter von „Salzburg" Nr. 29, 30, 31, 32. Demnach haben Sie im Ganzen 113 Stücke per 20. April, *Berlin kann davon bis 27. April bleiben,* was Ihnen angenehm sein wird. Endlich wird Kläger angefragt, ob er noch weitere 20 Stöcke bis 10. Mai übernehmen könne, er lehnte indeß diese Offerte am 26. März ab, übernahm es dagegen auf Wunsch von Ritter, „die Retousche der Stöcke selbst zu besorgen."

C. Der Geschäftsgang machte sich nun so, daß Kläger nach Fertigstellung eines Holzschnittes davon 2 Abdrücke anzufertigen, dieselben an die. Beklagten nach Zürich zur Genehmigung zu senden und nachdem solche ertheilt und allfällige Korrekturen angebracht waren, die Holzstöcke an die Schriftgießerei C. Kloberg in Leipzig zu senden hatte, welcher dann auf galvanischem Wege Clichés anfertigte und letztere an die Pierer'sche Hofbuchdruckerei in Altenburg abzugeben hatte, die den Druck besorgte.

D. Im Streite liegt die Lohnforderung des Klägers für die gelieferten Holzschnitte. Die Beklagten anerkennen dieselbe zwar an und für sich, machen aber compensationsweise eine gleich große Schadenersatzforderung geltend, weil Kläger den Ablieferungstermin bedeutend überschritten und sie dadurch geschädigt habe, indeßen wird der Schaden nur aus der verspäteten Ablieferung der Holzschnitte in die Bändchen *Mainz-Köln, Hannover, Frankfurt a. M., München, Würzburg und Berlin* abgeleitet.

E. Am 7. April sandte Schmidt eine Vorlage für Dresden und fragte nach dem Stande der zur Korrektur gesandten *Ade*'schen Holzschnitte mit dem Bemerken: „Es wäre mir sehr angenehm, wenigstens die guten sofort zu erhalten", der Drucker reklamire, die Korrekturen seien daher auf das Nöthigste zu beschränken. Am 16. April übersandte Preuss dem Kläger einen Kupferstich, Hotel Sonnenberg, mit der Vorgabe, derselbe gehöre zu den Städtebildern, und dem Verlan-

gen, daß er bis 15. Mai abgeliefert werde, in Wirklichkeit gehörte dieser Schnitt aber zu einem ganz andern, und den Preuss allein berührenden Geschäft. Hier findet sich auch die Anfrage, wie es mit der ersten Parthie Stöcke stehe.

F. Am 21. April sandte Kläger die Abdrücke von 82 *Ade'*schen, von ihm korrigirten Stöcken und von *12 eigenen* Stöcken, indem er gleichzeitig Rechnung stellte im Gesammtbetrage von M. 323. 63.

In Antwort hierauf sprach Schmidt durch Brief vom 23. April dem Kläger seine Befriedigung über deßen Arbeiten aus und gab bezüglich der zurückgebliebenen Ade'schen Stöcke die gewünschten Weisungen; in einer Nachschrift bemerkt er: „bitte freundlichst um schleunigste Ablieferung weiterer Abdrücke von fertigen Holzstöcken."

Am 26. April schikte Kläger die restirenden 9 Ade'schen Korrekturen und *10 eigene* Schnitte mit Faktur von 301 M. 60 Pfg. und bittet um eine Ratazahlung. Schmidt antwortete am 28. April durch Uebersendung einer Tratte von 910 Fr. 15, fällig 1. August mit dem Beifügen: „Hoffentlich bekomme ich bald wieder eine neue Sendung Abbildungen" und schrieb ferner am 7. Mai: „Es wäre mir sehr angenehm, recht bald auch wieder eine Sendung zu erhalten und zwar namentlich die als eilig empfohlenen." Am gleichen Tage schrieb auch Preuss, er erwarte äusserste Beschleunigung in Betreff der restirenden Stöcke.

Unterm 10. Mai wandte sich Preuss in einem auch von Schmidt unterzeichneten, längern Schreiben an den Kläger. Er wies darauf hin, daß dieser die ganze Arbeit nach dem Vertrag schon seit 3 Wochen abgeliefert haben sollte, damit aber stark im Rückstand sei und führte aus, in welche Verlegenheiten die Beklagten deßwegen kommen. Von 4 Seiten, von Kunden für Hannover, Würzburg, Frankfurt a. M. und Mainz-Köln sei ihnen die Drohung zugegangen, daß wegen der Verzögerung die abgeschlossenen Verkäufe über diese Städtebilder gekündigt und Schadenersatz verlangt werde, es drohe ein Gesammtverlust von 10—15,000 Fr., sie machen ihn dafür verantwortlich, denn seiner Verzögerung wegen können sie kein einziges Bändchen drucken. An Hand des Vertrages müßen sie rechtlich gegen Kläger vorgehen, sofern er nicht innert 3 Tagen eine weitere Ablieferung von mindestens 50 Stöcken und den Rest innert 8—10 Tagen liefere und dies umgehend schriftlich erkläre. Von Würzburg solle er sofort das noch einzig rückständige Bild (Dom) schicken und dann zuerst Frankfurt a. M., Mainz-Köln und Hannover. Die Sache sei ihnen jetzt voller Ernst und sie warten keinen Augenblick länger als angesagt.

Mit Brief vom 12. Mai bescheinigte Schmidt dem Kläger den Empfang eines Paquetes Abdrücke, sandte 2 davon zur Korrektur zurück, bat um Nachricht, wie es mit gewissen, näher bezeichneten Nummern stehe und verlangte, daß Frankfurt, Hannover und Dresden schnellstens erledigt werden; von München wünscht er noch eine Gesammtansicht.

Der Kläger antwortete unterm 15. Mai, er könne Frankfurt, Hanover, Mainz-Köln und Venedig bis 18. Mai liefern, das Bild Dresden Nr. 44 werde Donnerstags abgehen. Damit sei dann die Reihe Frankfurt a. M., Mainz-Köln, Hanover, Würzburg und Venedig zum Abschluß gekommen und es bleiben 2 Stück München sowie außer Bildern von Wien und Salzburg, die hier außer Betracht fallen, solche von Berlin. Hier seien Nr. 4—6 im Schnitte und werden am 18. Mai kommen, in der Retouche seien 1, 23, 7, 10, 14, 15, 17, 20 und 21, ein Theil des Rückständigen werde im Laufe des Mai nachgeliefert und „Alles Restirende baldigst." Auf den Brief des Preuss erklärt Kläger, er könne hier nur sein lebhaftes Bedauern ausdrücken und dem „Rechtssinne" der Beklagten freien Lauf lassen. „Sollten Sie, nachdem Sie diese Zeilen gelesen, ferner die Ansicht hegen, rechtlich vorzugehen, so bitte ich, mir dieses umgehend mittheilen zu wollen, bis dahin halte ich die letzte Sendung der 33 Stück zurück." Er sehe sich nicht veranlaßt, weitere Sendungen an die Beklagten abgehen zu lassen ohne vorherige Erklärung derselben über ihre Zahlungspflicht; der Wechsel von 910 M. 15 habe nur mit Mühe durch einen Mittelsmann und mit einem Opfer von 12 M. 34 discontirt werden können.

Preuss erwiederte hierauf unterm 16. Mai, die Schwierigkeit seiner Lage neuerdings betonend: „Wir wollen nun trotz Ihres Auftretens versuchen, die Sache noch möglichst in ein ruhiges Fahrwasser zu bringen und wollen Sie daher schleunigst Alles absenden in der von Ihnen in Ihrem gestrigen Schreiben angegebenen Weise, so daß wenigstens jetzt keine weitere Verzögerung etwa noch durch unqualifizirbare Widerwilligkeiten Ihrerseits entsteht. Wir wollen *im gegenwärtigen Moment* von ernsten Schritten bei aller Schwierigkeit der Situation absehen. Dagegen erwarten und verlangen wir, daß Sie jetzt keinen Augenblick säumen und daß in versprochener Weise die Stöcke geliefert werden." Hiemit erklärte sich auch Schmidt durch seine Unterschrift einverstanden.

G. Auf eine weitere Reklamation des Beklagten Schmidt vom 20. Mai schickte Kläger mit Brief vom 22. Mai neben Abdrücken aus den Städtebildern Wien und Venedig von

Mainz-Köln die Nr. 12, 39, 40 und 44,
von Hannover „ „ 2.
„ Frankfurt „ „ 6, 8, und 26 und
„ Berlin „ „ 5 und 6.

Dabei bemerkte er, hiemit seien als erledigt zu betrachten Mainz-Köln, 19 Stück und Frankfurt a. M. 15 Stück, bei Hannover fehle nur noch Nro. 7, dasselbe sei fertig und werde bald mit den restirenden Bildern von Venedig kommen, Berlin bringe er bis 1. Juni fertig.

Mit Brief vom 8. Juni übersandte Kläger folgende Abdrücke: Hannover No. 2, 7, 10, 16 (Neuschnitt) Mainz und Cöln No. 44 (Korrectur), Frankfurt a. M. No. 26 (Neuschnitt), Berlin No. 1, 3. 4, 7, 14, 15, 17 und 20, Dresden 1 Stück und daneben Bilder von Wien und Venedig; die noch restirenden Schnitte werden Donnerstags nach Zürich abgehen.

Am 11. Juni spricht Schmidt die Hoffnung aus, Kläger werde gemäß seinem Versprechen heute die restirenden Schnitte an Kloberg abgehen lassen, damit das Bändchen Hannover endlich vollständig werde, es fehlen noch bei Hannover No. 12, Berlin (unleserlich) und bei München die Generalansicht. Mit Rücksicht auf wiederholte Anfragen des Klägers wird sodann bemerkt: „Später gibt es „schon neue Arbeit, jetzt müssen wir uns „darauf beschränken, die fertigen und bald „fertigen Bändchen herauszugeben und in „den Handel zu bringen."

Unterm 19. Juni stellte Kläger neuerdings Rechnung über die gelieferte Restparthie und am 7. Juli Gesammtrechnung über alle seine Arbeiten im Betrage von 2810 M. 15 Pf. und bat um Zahlung des ganzen Restes oder von Raten.

H. Am 1. August verweigerten die Beklagten Einlösung des dem Kläger gegebenen Wechsels und rechtfertigten dieses Gebahren auf eine bezügliche Anfrage damit, daß der Besteller des Bändchens Mainz und Köln den Auftrag wegen Verspätung anullirt habe und ihnen dadurch ein Schaden von 2500 M. entstanden sei, den Kläger durch die Nichtinnehaltung des vertraglichen Lieferungstermines verschuldet habe und folglich ersetzen müsse.

Später machten die Beklagten noch weitere Schadenersatzforderungen geltend, ein Ausgleich war nicht möglich und kam es deßhalb zum Prozeß.

I. In der Hauptverhandlung vom 26. März 1886 begründeten die Beklagten ihre Gegenforderung folgendermaßen:

a. Für das Bändchen „*Mainz-Köln*" haben sie mit Buchhändler Victor von Zabern in Mainz unterm 23. Dezember 1884 einen Lieferungsvertrag abgeschlossen, wodurch dieser sich verpflichtet habe, 5000 Exemplare zum Preise von 50 Pf. per Stück fest zu übernehmen. Hiefür wird ein diesen Vertrag bestätigendes Schreiben des Zabern vom genannten Tage vorgelegt. Wegen verspäteter Ablieferung sei dann aber Zabern vom Vertrag zurückgetreten, was aus seinem Briefe vom 13. Juni 1885 hervorgehe, worin es heißt: „Sie haben mir das kontraktlich *zum Frühjahr*, also zur Reisezeit zu liefernde Werkchen nicht geliefert, jetzt, medio resp. Ende Juni oder gar noch später acceptire ich dasselbe nicht mehr und theile Ihnen mit, daß ich die ganze Angelegenheit als erledigt betrachte." Dießer Effekt sei die ausschließliche Folge der Nichtinnehaltung des Ablieferungstermins durch den Kläger,

weßhalb derselbe auch für den Schaden aufzukommen habe, dieser aber sei gleich der von Zabern zugesicherten Kaufsumme von 2500 M., abzüglich 748 M., Kosten des Druckes, Papiers und Heftens dieser Parthie, welche durch anderweitigen buchhändlerischen Vertrieb gedeckt werden können.

b. Vom Bändchen „*München*“ seien an den Gasthof zum bayerischen Hof in München 3000 Exemplare fest verkauft gewesen um 2500 Mark. Wegen der Verspätung habe der Besteller die Annahme verweigert und die Ballote uneröffnet liegen lassen. Darauf sei Schmidt hingereist und habe den Käufer zur Annahme bewegen können, aber nur gegen einen Nachlaß von 500 Mark und Verschiebung der Zahlung um ein Jahr, jener Nachlaß und ein Jahreszins von 2000 Mark werden daher als Schaden geltend gemacht.

c. Vom Bändchen „*Hannover*“ habe der dortige Verschönerungsverein 10,000 Exemplare fest übernommen für 2500 Mark; nachdem die Ablieferung aber erst im Herbst möglich geworden, habe demselben Stundung auf ein Jahr gewährt werden müssen, sodaß ein Jahreszins von 2500 Mark verloren gegangen sei.

d. Ebenso verhalte es sich mit den Bändchen „*Frankfurt a. M.*“ und „*Würzburg*“, deren Abnehmer die Buchhandlung Detloff in Frankfurt a. M. sei, auch hier werde je ein Jahreszins von 2500 Mark verlangt.

e. Endlich wird eine unbestimmte, aber jedenfalls die Gegenforderungen bis zum Betrag der Klagesumme completirende Forderung gestellt für Einbuße, entstanden dadurch, daß der allgemeine buchhändlerische Vertrieb der genannten Bändchen, welcher den Beklagten durch jene Lieferungsverträge nicht benommen worden sei, im Jahre 1885 ausgefallen sei und erst 1886 recht habe beginnen können; diese Forderung komme gleich einem Jahreszins des Erstellungswerthes der Bändchen; letzterer wurde zuerst auf 30,000, dann auf 20,000 Mark angegeben.

K. Der Kläger bestritt die Gegenforderung im ganzen Umfange. Soweit eine Verspätung stattgefunden, sei dieselbe von den Beklagten selbst verschuldet worden, indem sie die Vorlagen nicht rechtzeitig abgeliefert haben. Innert der vertraglich bestimmten Zeit habe er nicht an Kloberg, sondern nur an Preuss abzuliefern gehabt, auch sei er nicht verantwortlich für die Verzögerung, die entstanden sei in Eolge von Korrekturen, welche die Beklagten verlangt haben, weil die Arbeit überall von Anfang an auftragsgemäß abgeliefert worden sei. Von Anfang an haben die Beklagten zu erkennen gegeben, daß sie an der vertraglichen Frist nicht strenge festhalten wollen und dieselbe verlängern. Schon die ersten Briefe zeigen die Willensmeinung, daß es mit der Schlußablieferung Zeit haben solle bis etwa Mitte Mai, am 23. März sei gewünscht worden, daß Kläger die Retouche übernehme und am 7. April mit großer Dringlichkeit, daß vorerst die Ade'schen Correkturen fertig gestellt werden, weiter enthalte der lobspendende Brief vom 23. April eine Genehmigung der bisherigen Thätigkeit und ebenso die Ausstellung des Wechsels am 26. April; am 28. gl. M. sei nur die Ablieferung einer weitern Sendung und nicht des ganzen Restes verlangt worden und noch am 7. Mai habe Preuss nur wegen der mehr eiligen Bilder reklamirt. Am 10. Mai haben die Beklagten dann allerdings eine sehr schroffe Haltung eingenommen, ihre weitern Erklärungen aber seien dahin aufzufassen, daß auf die bisherigen vertraglichen Fristen verzichtet und an deren Stelle die im Brief neu bezeichneten gesetzt werden in der Meinung, daß die Lieferung als rechtzeitig betrachtet werde, wenn letztere Termine eingehalten werden, letzteres sei aber im Wesentlichen geschehen. Eventuell werde jeder Schaden in Folge der Verzögerung bestritten, namentlich auch bezüglich des ursächlichen Zusammenhanges, es werde nicht anerkannt, daß alle übrigen Arbeiten fertig gewesen seien. Sodann werden sämmtliche Schadensersatzposten im Einzelnen in Widerspruch gesetzt, eventuell im Quantitativ angefochten und für alle zu deren Begründung angeführten Thatsachen Beweis verlangt.

L. Auf bezügliche Fristansetzung erklärten die Beklagten unter Vorlage verschiedener Urkunden:

a. Zum Bändchen „*Mainz-Köln*“, welches 54 Bilder enthält, wovon 19 durch den Kläger

zu liefern waren, seien die übrigen am 1., 2., 13., 18., 23. April und 2. Mai abgeliefert worden, der Satz zu diesem Bändchen sei am 11. Mai fertig gewesen.

b. Zum Bändchen „*Frankfurt*", welches 33 Illustrationen enthält, wovon 14 durch den Kläger zu liefern waren, seien die übrigen den 4. April (4 Stück), vom 18. April bis 2. Mai, 11 Stück und endlich ein Stück am 19. Mai, eines am 20. und eines am 22. Mai abgeliefert worden, indessen seien die letztern 3 Clichés erst nachträglich angeordnet worden, hätten aber bei rechtzeitiger Lieferung des Klägers keinen Aufschub bewirkt, weil es auf Lager befindliche Clichés gewesen seien, die, wenn man sie nicht habe weglassen wollen, in ein paar Tagen zur Verfügung gestanden wären.

c. Zum Bändchen „*Hannover*", welches 26 Illustrationen enthält, wovon 14 vom Kläger übernommen waren, seien die übrigen 12 Stück vom 21. April bis 2. Mai bezogen worden.

d. Zum Bändchen „*München*" mit 52 Illustrationen, habe Kläger 6 übernommen und die übrigen seien vom 18. April bis 2. Mai abgeliefert worden.

e. Das Bändchen „*Würzburg*" sei am 7. Mai vollständig gewesen, Kläger habe aber das einzig übernommene, jedoch unerläßliche Dombild (No. 26) erst am 19. Juni abgeliefert.

f. Zum Bändchen „*Berlin*", welches 60 Illustrationen enthalte, wovon Kläger 13 zu liefern hatte, seien alle übrigen bis am 2. Mai geliefert gewesen, die letzten 2 dagegen erst am 22. August eingegangen, indessen seien diese erst nachträglich beschlossen und wären bei rechtzeitiger Ablieferung des Klägers weggelassen worden.

Im Uebrigen verweisen die Beklagten noch auf die Fakturen von Kloberg dafür, daß Kläger die Stöcke an diesen folgendermaßen abgeliefert habe: Den 18. Mai 31 Stück, den 22. gl. M. 28 Stück, den 19. Juni 21 Stück und den 27. gl. M. 30 Stück. Der Kläger erwidert, daß das Datum der Ablieferung nach Zürich maßgebend sei und producirt eine Reihe von Postscheinen für Sendungen am 21. April, 16. und 20. Mai, 10. 18. und 19. Juni mit dem Bemerken, daß ihm die weitern abhanden gekommen seien.

Entscheidungsgründe:

1. Der Kläger verlangt Bezahlung des Lohnes für die Anfertigung einer gewissen Anzahl Holzschnitte, welche die Beklagten bei ihm bestellt haben und es anerkennen Letztere die dießfalls gestellte Forderung von Fr. 4532. 82 als eine an sich begründete, behaupten aber *desswegen* nicht zur Zahlung derselben verpflichtet zu sein, weil ihnen eine ebenso große Gegenforderung an den Kläger zustehe, mit der sie gegenüber dessen Forderung compensiren können. Die Aufgabe des Gerichtes beschränkt sich somit auf die Untersuchung und Entscheidung der Frage, wie es sich mit dieser angeblichen Gegenforderung verhalte.

2. Nach ihrer Begründung stellt sich dieselbe als eine Schadenersatzforderung dar und wird die Schuldpflicht des Klägers aus einem angeblichen vertraglichen Verschulden desselben abgeleitet. Dieses Verschulden soll darin bestehen, daß er die Holzschnitte, für deren Lieferung Zahlung verlangt wird, nicht binnen der vertraglich vorgesehenen Frist, sondern erst viel später vollständig abgeliefert habe und es wird behauptet, daß den Beklagten durch diese nicht rechtzeitige Vertragserfüllung ein Schaden im Umfange der Klageforderung zugefügt worden sei;

3. Nach Inhalt des Vertrages vom 10. März 1885 verpflichtete sich der Kläger, die zur Ausführung übernommenen 100 Holzschnitte successive vom 10. April an bis und mit dem 20. gl. M. an den Beklagten Preuss abzuliefern und falls er nun dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist und die Beklagten dadurch geschädigt wurden, hat er ihnen gemäß Art. 110 des O.-R. für den bezüglichen Schaden nach Maßgabe des Art. 116 ibid. aufzukommen, sofern er nicht den Beweis leistet, daß ihm bezüglich einer allfälligen Verzögerung keinerlei Verschulden zur Last falle; —

4. Die vom Kläger zu liefernden Holzschnitte waren für die Anfertigung von Städtebildern bestimmt, welche die Beklagten heraus-

geben wollten und zwar hatte der Kläger solche für 8 Städtebilder zu liefern, von diesen sollten jedoch im Sommer 1885 bloß sechs herausgegeben werden und die Beklagten beschweren sich deßhalb auch nur über verspätete Ablieferung derjenigen Holzschnitte, welche für diese sechs Bilder bestimmt waren und leiten den Schaden, für welchen der Kläger aufkommen soll, nur aus dieser Verspätung ab, woraus von selbst folgt, daß auch die Frage des Verzuges lediglich in diesem Umfange zu prüfen ist.

5. Zunächst muß indessen noch eine allgemeine Einwendung des Klägers besprochen werden und zwar die, daß die Contrahenten im Laufe der Vertragsausführung vom ursprünglich festgesetzten Erfüllungstermin abgegangen seien. Der klägerische Vertreter suchte diese Vertragsänderung aus der vorliegenden Correspondenz abzuleiten, allein sie ergibt sich aus derselben nicht. Der Kläger schickte die ersten Abdrücke der gefertigten Holzschnitte erst am 21. April, also gegenüber dem vertraglich vorgesehenen Termin um einen Tag zu spät, allein daraus, daß sich der Beklagte Schmidt in seiner Antwort vom 23. April über die gelieferte Arbeit günstig ausspricht und daneben die Verspätung nicht besonders konstatirt, sondern bloß „freundlichst“ um schleunigste Ablieferung weiterer Abdrücke von fertigen Holzstöcken bittet, kann keineswegs eine Genehmigung der Verspätung abgeleitet werden und noch viel weniger liegt darin das Zugeständniß, daß bezüglich der noch ausstehenden Schnitte an der vertraglichen Lieferfrist nicht weiter festgehalten beziehungsweise auf alle Consequenzen verzichtet werde, welche aus der bereits erfolgten und noch weiter erfolgenden Ueberschreitung derselben resultiren sollten. Schmidt mochte damals finden, daß eine freundliche Einladung zu schleunigster Ablieferung des Restes eher von Erfolg sein dürfte als das Hinweisen auf den dem Kläger ohnehin bekannten Vertragstermin und das Androhen von Schadenersatzansprüchen und überdem war die Situation damals noch nicht derart, daß er Grund gehabt hätte, an eine noch weit umfassendere Verspätung und das Entstehen von Schaden zu denken. Am 26. April 1885 erhielten die Beklagten weitere 10 Abdrücke und hatten nun an die vertraglich vorgesehenen 100 Stück 22 Stück erhalten. Es mag sein, daß jetzt schon etwas mehr Veranlassung vorhanden gewesen wäre, auf den stipulirten Erfüllungstermin hinzuweisen, allein wenn Schmidt statt dessen in seiner Antwort vom 28. April lediglich die Hoffnung ausspricht, es werde bald wieder eine neue Sendung Abbildungen kommen, so liegt auch darin keineswegs die Willenserklärung, daß wenn diese Hoffnung in Erfüllung gehe, die Lieferung als rechtzeitig erfolgt anerkannt werde. Selbst die Uebersendung eines Acceptes für den Betrag der bis dahin fakturirten 22 Holzschnitte enthält keine Anerkennung *rechtzeitiger* Erfüllung, denn einestheils mochte der Beklagte immer noch hoffen, daß es trotz der bisherigen Verspätung möglich sein werde, die Städtebilder noch rechtzeitig fertig zu bringen und anderseits konnte er annehmen, daß ein allfälliger Schaden durch das erst zu verdienende Guthaben des Klägers gedeckt werde. Eine ganz andere Frage wäre die, ob nicht ein Verzicht auf die Einrede der Compensation gegenüber der Forderung aus dem Wechselaccept anzunehmen gewesen wäre, da indessen nicht aus dem letztern geklagt wird, so braucht auch darauf nicht eingetreten zu werden. Wie wenig die Beklagten bis dahin daran gedacht haben, auf den vertraglichen Erfüllungstermin zu verzichten, beweist der Collectivbrief vom 10. Mai, in welchem sie ihr Vertragsrecht des Deutlichsten wahren und dem Kläger drohen, rechtlich gegen ihn vorzugehen, falls er nicht binnen 8—10 Tagen vollständig abliefere. Nun behauptet der Letztere freilich, daß sie diesen Standpunkt im Brief vom 16. Mai verlassen und sich für befriedigt erklärt haben, falls er nunmehr, wie im Brief vom 15. Mai versprochen, schnellstens abliefere, allein auch dieser Standpunkt ist nicht haltbar. Eine unbefangene Würdigung jenes Briefes zeigt vielmehr das Gegentheil. Dem Kläger wird eine Copie des Vertrages geschickt und im Anschluße daran ausgeführt, wie sehr die Beklagten im Recht seien, wenn sie den Standpunkt einnehmen, daß sämmtliche Holzschnitte bis zum 20

April hätten geliefert sein sollen. Davon, daß sie auf dieses Recht, beziehungsweise auf die Geltendmachung der aus der bisherigen und zukünftigen Verletzung desselben resultirenden Folgen absolut oder auch nur bedingt verzichten, ist keine Rede. Sie sprechen mit dem Satze, daß sie versuchen wollen, die Sache wo möglich noch in ein richtiges Fahrwasser zu bringen etc. lediglich die Hoffnung aus, daß es, wenn nunmehr, wie versprochen, abgeliefert werde, möglich sein dürfte, einen Schaden abzuwenden, wahren aber ihre Rechte für den Fall, als es anders kommen sollte, des Deutlichsten mit dem Schlußsatz, daß sie nur im gegenwärtigen Moment von ernsten Schritten absehen. Dieser Standpunkt entspricht auch ganz der damaligen Situation. Die Beklagten sagten sich offenbar, daß ein Rücktritt vom Vertrage sowohl für sie als den Kläger nur nachtheiliger sein könnte, weil derselbe gleichbedeutend wäre mit dem Aufgeben des ganzen Geschäftes für das Jahr 1885, währenddem man bei Aufrechterhaltung des Vertrages hoffen konnte, dasselbe trotz der eingetretenen Verspätung ganz oder wenigstens zum Theil durchführen und so den Schaden vermeiden oder wenigstens reduzieren zu können. Diese Betrachtung führte sie zu der Erklärung, Kläger solle fortfahren zu liefern und nur wenigstens die im Brief vom 10. Mai versprochenen Termine innehalten, aber es kam ihnen nicht in den Sinn, die bisherige Verspätung zu genehmigen oder auch nur zu sagen, daß sie genehmigt sein solle, wenn nunmehr unverzüglich geliefert werde, sondern sie haben nur den Gedanken ausgedrükt, daß wenn kein Schaden entstehe, die Sache gut sei. *Momentan* soll von rechtlichen Schritten abgesehen und gewärtigt werden, wie sich die Verhältnisse in der Folge gestalten. Uebrigens sind auch die im Brief vom 10. Mai versprochenen Ablieferungstermine wenigstens nicht genau und durchweg innegehalten worden.

6. Es ist ferner darauf aufmerksam gemacht worden, daß der Beklagte Schmid mit Brief vom 7. April bezüglich der Korrektur der Ade'schen Bilder möglichste Beschleunigung empfohlen habe, allein wenn damit allenfalls angedeutet werden will, daß es dabei die Meinung gehabt habe, es dürfe Kläger, wenn er auf jenen Wunsch eingehe, mit der Ablieferung der 100 Stöcke entsprechend länger warten, so bietet der citirte Brief keinen Anhalt für diese Annahme; er enthält einfach das Gesuch, es wolle Kläger, trotz seiner Verpflichtung, die Ade'schen Korrekturen erst bis *Ende April* liefern zu müßen, solche wenn immer möglich früher, so bald als möglich abliefern. Kläger hätte keine Pflicht gehabt, auf dieses Gesuch einzugehen, wenn er dasselbe aber dadurch berücksichtigte, daß er jene Bilder schon am 21. und 26. April einschickte, so hat er damit sein vertragliches Recht aufgegeben, sich aber nicht von der Pflicht, die eigenen Stöcke bis zum 20. April liefern zu müßen, befreit. Es liegt auch durchaus nichts dafür vor, daß die Beklagten annehmen konnten, es sei ihm die Erfüllung der letztern Verpflichtung nicht möglich, wenn er die Ade'schen Bilder früher abliefern wolle. Bedeutungslos ist ferner, daß dem Kläger noch einige andere Bestellungen aufgegeben wurden, wie die Anfertigung eines Holzschnittes von Dresden und eines solchen des Hotel Sonnenberg auf Seelisberg etc., denn er war ja nicht verpflichtet, diese Bestellungen anzunehmen und wenn er es dennoch that, so durften die Beklagten davon ausgehen, es sei ihm die Ausführung derselben neben der rechtzeitigen Lieferung der 100 Stöcke möglich. Ebenso wenig konnte ihn endlich die Uebernahme des Retouchirens der Stöcke von der Pflicht zur rechtzeitigen Ablieferung derselben befreien.

7. Endlich glaubt der Kläger deßwegen für die Folgen einer verspäteten Ablieferung der 100 Stöcke nicht verantwortlich zu sein, weil ihm die Vorlagen nicht rechtzeitig zugestellt worden seien. Der Vertrag bestimmt, daß ihm solche innerhalb 8 Tagen *sämmtlich* übergeben sein müßen mit dem Zusatz „die ersten heute durch Frau Hensinger in Stuttgart" und es ist nun zuzugeben, daß die Inhaltung dieser für die Uebergabe der Vorlagen vertraglich stipulirten Frist die Voraussetzung bildete für die Verpflichtung des Klägers zur Ablieferung der Stöcke bis 20. April und zwar in der Meinung, daß soweit die verspätete Ablieferung der Vorlagen die

rechtzeitige Fertigstellung der Schnitte ausschließe oder erheblich erschwere, die Verspätung als eine entschuldigte gelten soll, nicht aber in dem Sinne, daß jede auch noch so unbedeutende und einflußlose Verzögerung in der Uebergabe der Vorlagen die Verpflichtung zur Innehaltung des Ablieferungstermines für die Stöcke einfach aufhebe. Soweit nun aber wirklich eine Verspätung in der Ablieferung der Vorlagen constatirt werden kann, ist sie zu unbedeutend als daß ihr ein Einfluß auf den für die Ablieferung der Schnitte festgesetzten Termin eingeräumt werden könnte. Bezüglich der ersten nach Vertrag noch am 10. März an die Mutter des Klägers zu übergebenden Vorlagen kann von einer Verspätung überhaupt nicht gesprochen werden, denn wenn auch die Uebergabe, weil man die Mutter Hensinger am 10. nicht mehr traf, erst am Morgen des 11. März stattfand, so kann das im Ernste nicht als Vertragsverletzung aufgefaßt werden, wie lange es dann aber ging bis Kläger die Vorlagen von seiner Mutter erhielt, geht die Beklagten nichts an. Diese erste Sendung enthielt 64 Vorlagen und damit konnte nun der Photograph sicherlich für einige Zeit beschäftigt werden, wenn demnach allerdings auch der Rest von 36 Vorlagen statt am 18. erst am 21. oder 22. März in die Hände des Klägers gelangte, so kann dieser dadurch in der Angriffnahme seiner Arbeit schwerlich gehindert worden sein, womit denn auch übereinstimmt, daß er sich nie über die verspätete Ablieferung der Vorlagen beschwert und seine Verspätung nicht damit entschuldigt hat. Ueberdies fallen von den verspäteten 36 Vorlagen nur 21 auf die Städtebilder, bezüglich welcher ein Schaden behauptet wird und davon wieder 13 auf das Bändchen Berlin, für welches die Holzschnitte erst bis zum 27. April zu liefern waren.

8. Die Verspätung in der Ablieferung der Holzschnitte ist gegenüber dem vertraglich vorgesehenen Termin im Allgemeinen nicht bestritten, dagegen gehen die Partheien über den Umfang derselben auseinander und es soll nun dieser bezüglich jedes einzelnen der in Frage kommenden Bändchen speziell untersucht und gleichzeitig festgestellt werden, ob und welcher Schaden den Beklagten aus der constatirten Verzögerung nachweisbar entstanden sei.

9. Für das Bändchen Mainz-Köln hatte der Kläger bis zum 20. April 1885 19 Holzschnitte zu liefern, jedoch ist zu beachten, daß der Vertrag von einer Ablieferung an *Preuss* spricht und nicht vorsieht, daß den Beklagten lediglich Abdrücke zu senden, die Bilder selbst aber und zwar erst auf besondere Disposition hin nach Leipzig zu adressiren seien. Es ist deßhalb davon auszugehen, daß Kläger nur die Verpflichtung übernommen hat, die Stöcke bis zum 20., bezw. was das Bändchen Berlin betrifft, bis zum 27. April nach *Zürich* zu liefern und diese Verpflichtung ist als erfüllt zu betrachten, soweit die Abdrücke innerhalb der genannten Frist den Beklagten zugestellt worden sind. Immerhin soll damit nur gesagt werden, daß Kläger für *diejenige* Verspätung nicht aufzukommen hat, welche durch die Ablieferung der Schnitte an Kloberg, durch das jeweilige Versenden der Abdrücke nach Zürich, das dortige Prüfen, allfälliges Liegenlassen daselbst und durch Ausführen neuer Dispositionen der Beklagten veranlaßt wurde; dagegen war er wiederum verpflichtet, nach Empfang der Genehmigungsanzeige und falls nicht neue Dispositionen getroffen wurden sofort an Kloberg abzuliefern, weil er eben diese Ablieferung nach der Correspondenz übernommen hat und zwar selbstverständlich im Sinne pünktlicher Besorgung.

Wenn es sich nun aber frägt, wann die 19 für das Bändchen Mainz-Köln bestimmten Holzschnitte abgeliefert worden seien, so ergibt sich diesfalls folgendes aus den Akten:

Am 21. April 1885 schickte Kläger den Beklagten die Abdrücke zu den Holzschnitten No. 20, 24, 25, 28, 34, 36 und 37 gleich 7 Stücke, wofür zu verweisen ist auf Act. No. 38.

Am 26. April folgte laut Act. No. 39 der Abdruck zum Holzschnitt No. 32 gleich 1 St. Nun standen noch 11 Holzschnitte aus und es verlegen die Beklagten die Absendung dieser auf den 19. Juni 1885, indem sie darauf verweisen, daß Kläger erst an diesem Tage Rechnung für die 11 Schnitte gestellt

habe. Das letztere ist laut Act. 79 richtig, beweist aber keineswegs den daraus gezogenen Schluß, daß auch die Absendung der Bilder resp. Abdrücke erst damals stattgefunden habe und es ergibt sich denn auch das Gegentheil mit ziemlicher Sicherheit aus anderweitigen Urkunden. Zunächst ist zu verweisen auf Act. No. 41, woraus hervorgeht, daß Kläger am 22. Mai die Abdrücke zu den Schnitten Mainz-Köln No. 12, 39, 40 und 47 an die Beklagten versandte gleich 4 Stück und was nun die restirenden 7 Bilder betrifft, so sind die Abdrücke dazu aller Wahrscheinlichkeit nach noch früher an die Beklagten abgegangen. In seinem Brief vom 12. Mai bescheint nämlich Schmidt, daß er „heute" ein Paket mit Abdrücken empfangen habe, bringt man aber damit in Verbindung, daß Kläger der Sendung vom 22. Mai die Bemerkung beifügt „damit ist als erledigt zu betrachten „Mainz bis Köln 19. Stück", so muß angenommen werden, daß die letztere Zahl mit den damals genannten 4 Stück completirt gewesen sei und folglich die 7, weder am 21. und 26. April, noch am 22. Mai gesandten Abdrücke sich in dem am 12. Mai bescheinigten Paket befunden haben. Damit stimmt denn auch Act. No. 20, der Brief des Schmidt vom 11. Juni, wo gesagt ist, welche Schnitte noch fehlen, ohne daß eines solchen für das Bändchen Mainz und Köln Erwähnung gethan würde. Allerdings wurde der Schnitt No. 44 zur Korrektur zurückgewiesen und dann am 8. Juni neuerdings vorgelegt, allein da aus den Akten nicht ersichtlich ist, ob die Korrektur Folge unrichtiger Arbeit des Klägers oder einer neuen Anordnung der Beklagten war, ersterer aber nur in jenem Falle für die dadurch bedingte Verspätung aufzukommen hätte, so ist an der Ablieferung vom 22. Mai festzuhalten. An Kloberg wurden versandt am 18. Mai 31 Stöcke und diese bestanden offenbar aus den 22 Stöcken, von denen die Beklagten am 21. und 26. April Abdrücke erhielten (12 und 10 gleich 22) und den 9 Ade'schen Korrekturen, welche die Beklagten ebenfalls am 26. April zur Einsicht erhalten haben. Andere Schnitte waren am 18. Mai, weil noch nicht angefertigt, nicht zu versenden, überdem ist zu verweisen auf den Schlusspassus im Briefe des Klägers vom 15. Mai (Act. 40) „Die 22 Stöcke, Betrag meiner beiden ersten Rechnungen sind an Kloberg abgegangen". Die übrigen Ade'schen Bilder, 82 Stück, sind schon am 21. April nach Leipzig versandt worden, was sich aus Act. Nr. 26, 36, 37 und 103 a ergibt. Die Schnitte, von denen die Beklagten am 22. Mai Abdrücke erhielten, sind am 8. Juni an Kloberg abgegangen, was durch Act. Nr. 42 bewiesen ist und die restirenden 7 Stück zum Bändchen Mainz-Köln haben sich vermuthlich unter den 28 Bildern befunden, welche Kloberg, lt. Act. 46, Rückseite und 103 c, am 22. Mai erhalten hat, was daraus geschlossen werden muß, daß sie nach den bisherigen Ausführungen vor den am 8. Juni nach Leipzig versandten fertig gestellt waren. Warum die Bilder, von denen am 22. Mai Abdrücke an die Beklagten gelangten, erst am 8. Juni nach Leipzig gesandt wurden, ist den Akten nicht zu entnehmen, namentlich ergibt sich aus denselben nicht, ob der Grund in der verspäteten Rückäusserung der Beklagten oder in Anordnung neuer Dispositionen oder in einer Saumseligkeit des Klägers liegt. Da das letztere nicht bewiesen ist, darf es nicht angenommen werden. —

10. Das Resultat dieser Ausführungen ist die Annahme, daß Kläger am 22. Mai 1885 mit der Anfertigung sämmtlicher Holzschnitte in das Bändchen Mainz-Köln fertig gewesen sei und solche bis dahin im Sinne des Vertrages abgeliefert habe, sowie daß diese Ablieferung in der Weise erfolgte, daß am 21. April 7 Abdrücke, am 23. gl. M. 1, am 12. Mai 7 und am 22. Mai 4 solcher an die Beklagten abgeschickt wurden. Nach Vertrag hätte nun aber diese successive Ablieferung schon vom 10. bis 20. April anstatt vom 20. April bis 22. Mai stattfinden sollen und es frägt sich daher, ob die constatierte Verspätung den Beklagten Schaden zugefügt habe und eventuell in welchem Umfange.

11. Der Schaden soll zunächt darin bestehen, daß die Beklagten eine Bestellung auf 5000 Bändchen „Mainz-Köln" wegen verspäteter Fertigstellung nicht haben ausführen können.

Nun ist durch Act. Nr. 33 bewiesen, daß Viktor von Zabern wirklich schon im Dezember 1884 5000 Exemplare jenes Bändchens bestellte und aus Act. 49 geht hervor, daß derselbe am 13. Juni 1885 wegen nichtrechtzeitiger Lieferung den Rücktritt vom Vertrage erklärte. Aus der Vertragsbestätigung vom 23. Dezember 1884 ergibt sich ferner zur Genüge, daß die 5000 Bändchen *im Frühjahr* an Zabern abzuliefern waren, gegen Mitte Juli, gegen welche Zeit die Ablieferung hätte erfolgen können, war aber jener vertragliche Termin längst überschritten, die Bestellung als Ganzes hatte offenbar bedeutend an Werth verloren und hätte deßhalb der Besteller damals kaum noch zur Annahme gezwungen werden können; ist dem aber so, so stellt sich auch der Schaden, welcher den Beklagten aus der Nichtausführung der Bestellung erwachsen ist, als die Folge der Unmöglichkeit rechtzeitiger Ablieferung der bestellten Bilder dar und wenn diese Unmöglichkeit weiterhin im Causalzusammenhang steht mit der festgestellten Thatsache, daß Kläger seine Holzschnitte statt vom 10. bis 20. April erst vom 21. April bis 22. Mai 1885 ablieferte resp. zur Disposition hielt, so ist dargethan, daß die Vertragsverletzung des letztern die Ursache des Schadens bildet und muß er in diesem Falle für den Schaden aufkommen. Dieser Causalzusammenhang ist dann gegeben, wenn die Beklagten vom 22. Mai an Alles gethan haben, um das Bändchen Mainz-Köln so rechtzeitig fertig zu bringen, damit es noch geliefert werden konnte, trotzdem aber zu spät gekommen sind, jedoch nicht zu spät gekommen wären, wenn Kläger bis zum 20. April die Holzschnitte geliefert hätte. Daß die Beklagten nun vom 22. Mai an etwas versäumt haben, ist klägerischerseits nie behauptet worden, dagegen wurde allerdings geltend gemacht, daß die Bilder auch bei vertraglich vorgesehener Ablieferung der Holzschnitte nicht früher als wirklich geschehen, hätten herausgegeben werden können, weil die Lieferung der übrigen Holzschnitte und andere Arbeiten im Rückstande gewesen seien. Die Beklagten haben demnach zu beweisen, daß sie den mit Zabern eingegangenen Erfüllungstermin hätten einhalten können, wenn Kläger vertragsgemäß geliefert hätte. Nun erklären sie in ihrer Eingabe Act. Nr. 77, daß die von dritter Seite zu liefernden Holzschnitte erst mit dem 2. Mai vollständig zur Verfügung gestanden haben, woraus folgt, daß die klägerische Verspätung bis dahin ohne Einfluß war, eine Annahme, die denn auch mit der Bemerkung anerkannt wird, daß wenn er auch nur bis zum 2. Mai abgeliefert hätte, der mit Zabern vereinbarte Erfüllungstermin noch hätte innegehalten werden können. Da es vom 22. Mai an bis in den Juli hinein dauerte (siehe Act. 29 pag. 8) bevor das Bändchen Mainz-Köln fertig war, also nahezu 2 Monate, so kann unmöglich angenommen werden, daß wenn Kläger am 2. Mai vollständig abgeliefert hätte, dann bis Anfang oder bis gegen Mitte Juni, d. h. innerhalb ungefähr einem Monate und wenigen Tagen die Fertigstellung des Bändchens zur Ablieferung an Zabern stattgefunden hätte, eine spätere Fertigstellung aber konnte den Schaden nicht mehr abwenden. Es ist bereits ausgeführt worden, daß Kläger nur insoweit für den späten Abgang der Bilder an Kloberg einzustehen hat als ihm dießfalls ein Verschulden nachgewiesen wird und ein solches ist nicht konstatirt (siehe Erwägung 9). Ueberdem ist nachgewiesen worden, daß die Mehrzahl der Holzschnitte für Mainz-Köln bis und mit dem 22. Mai auch an Kloberg abgingen und bloß 4 erst am 8. Juni dorthin versandt wurden, der Verzögerung mit diesen 4 Schnitten wegen aber ist das Unternehmen mit Zabern kaum gescheitert.

12. Da hienach der Causalzusammenhang zwischen der vertragswidrigen Verspätung des Klägers und der Unmöglichkeit rechtzeitiger Lieferung der 5000 Bändchen Mainz-Köln an Zabern nicht hergestellt ist, so kann jener nicht für den den Beklagten aus dieser Unmöglichkeit entstandenen Schaden verantwortlich gemacht werden und ist somit die dießfällige Gegenforderung von 1752 Mark (2500 minus 748 Mark) abzuweisen. Nach all' dem Gesagten kann aber auch ferner nicht davon gesprochen werden, daß die dem Kläger zur Last fallende Verspätung von 20 Tagen eine so rechtzeitige Herstellung des Bändchens

Mainz-Köln verunmöglicht habe, daß der buchhändlerische Vertrieb desselben während der Reisesaison des Jahres 1885 ausgeschlossen oder erheblich vermindert worden sei. Es wäre eine rein willkürliche Annahme, wollte man davon ausgehen, die Beklagten hätten, wenn das Bändchen statt gegen Mitte Juli gegen Ende Juni fertig zu stellen gewesen wäre, eine grössere Auflage als wie wirklich geschehen, drucken lassen, kann das aber nicht als festgestellt betrachtet werden, so ist auch ein Schaden nicht erwiesen und muß der dießfällige Anspruch ebenfalls abgewiesen werden.

13. Für das Bändchen Hannover hatte der Kläger bis zum 20. April 1885 14 Holzschnitte zu liefern und zwar wiederum an Preuss in Zürich; diese Verpflichtung ist aus den in Erwägung 9 angeführten Gründen als erfüllt zu betrachten, wenn die Abdrücke zu den Bildern bis dorthin geliefert waren. Am 21. April wurde der Abdruck geschickt zu dem Schnitt Nr. 22 und am 26. April die Abdrücke zu den Bildern Nr. 1 und 27, am 22. Mai ging der Abdruck zu dem Bilde Nr. 2 ab (siehe Act. Nr. 38, 39 und 41). Daß die Abdrücke zu den weitern 10 Bildern erst am 19. Juni an die Beklagten abgegangen seien, ist wiederum nicht hergestellt und weitere Beweise dafür wenigstens speziell nicht anerboten. Laut Act. 42 wurden die Abdrücke zu den Nr, 2, 7, 10 und 16 mit der Bezeichnung „Neuschnitt" am 8. Juni nach Zürich geschickt, aus welcher Bezeichnung geschlossen werden muß, daß es sich hier um die Umänderung einer schon früher abgelieferten Arbeit handelte., weil aber nicht feststeht, daß diese Umänderung auf ein Verschulden des Klägers zurückzuführen ist, so muß die frühere Ablieferung als maßgebend angesehen werden. Wann diese esfolgt ist, weiß man nun freilich nicht genau, indessen ist auch hier der beklagtische Brief vom 12. Mai (Act. 12) zu citiren und darauf zu verweisen, daß derselbe eine Empfangsbescheinigung für ein Paquet Abdrücke enthält. Bringt man damit in Verbindung die Bemerkung im klägerischen Briefe vom 22. Mai (Act. 41) „bei Hannover fehlt nur noch Nr. 7", damit aber der am 8. Juni gesandte Holzschnitt gemeint ist, so dürfte bewiesen sein, daß sämmtliche Abdrücke zu diesem Bändchen am 22. Mai abgeliefert waren, ja man muß annehmen, daß alle bis auf Nr. 2 schon am 12. dieses Monates verschickt waren. Selbst die Absendung an Kloberg scheint mit dem 22. Mai vollendet worden zu sein, denn am 8. Juni wurden keine Hannoverbilder geschickt, wie sich aus Act. 42 ergibt und die 30 Stöcke, die Kloberg erst am 27. Juni erhalten haben soll, werden den Bändchen Wien, Salzburg, Dresden und Venedig angehört haben. Angesichts dieser Feststellungen beweist die erst am 19. Juni erfolgte Rechnungsstellung natürlich nichts. Laut der Eingabe Act. Nr. 77 waren die von anderer Seite zu liefernden Schnitte erst am 2. Mai vollständig abgeliefert, so daß sich auch hier die Verspätung des Klägers bis dahin als einflußlos herausstellt. Von Bedeutung ist folglich mit Bezug auf 13 Bilder nur noch die Verspätung bis zum 12. Mai = 10 Tage und bezüglich des 14. kommt eine solche von 20 Tagen in Frage. Es kann indeß wiederum nicht angenommen werden, daß es *um dieser* Verspätung willen unmöglich gewesen sei, die dem Verschönerungsverein Hanover verkauften 10,000 Exemplare nicht rechtzeitig abzuliefern und zwar um so weniger als gar nichts dafür vorliegt, daß dieser ein vertragliches Recht auf Lieferung in einem genau bestimmten Zeitpunkt hatte. Es ist auch hier zu sagen, daß wenn es vom 22. Mai bis in den Juli hinein dauerte, bevor das Bändchen fertig war, nicht angenommen werden kann, daß, wenn Kläger am 2. Mai abgeliefert hätte, statt am 12. und bezüglich eines einzigen Bildes erst am 22., dannzumal die Fertigstellung des Bändchens so bald hätte geschehen können, daß es möglich gewesen wäre, den Besteller zur Annahme zu zwingen. Der Causalzusammenhang zwischen dem Schaden, welcher den Beklagten durch die Unmöglichkeit rechtzeitiger Lieferung an den Verschönerungsverein allfällig entstanden ist und der dem Kläger zur Last fallenden Verspätung ist also auch hier nicht festgestellt und überhaupt nicht erweisbar, weßhalb die bezügliche Forderung wiederum abgewiesen werden muß und ebenso kann aus den glei-

chen wie bei Mainz-Köln angeführten Gründen nicht die Rede davon sein, daß die dem Kläger zur Last fallende Verspätung die Unmöglichkeit einer so rechtzeitigen Fertigstellung der Bändchen verursacht habe, daß der buchhändlerische Vertrieb derselben dadurch ausgeschlossen worden wäre, weßhalb auch der daraus abgeleitete Anspruch dahinfällt.

14. Für das Bändchen Frankfurt hatte der Kläger bis zum 20. April 15 Holzschnitte zu liefern. Er lieferte am 21. April die Nr. 9, am 26. gl. Mt. die Nr. 21, 24 und 25 und am 22. Mai die Nr. 6, 8 und 26 (siehe Act. Nr. 38, 39 und 41), aber auch die weitern 8 Schnitte sind nicht erst am 19. Juni abgeliefert worden, wie die Beklagten geltend machen, sondern noch vor dem 22. Mai und zwar vermuthlich am 12. Dies ergibt sich aus Act. Nr. 12 in Verbindung mit Act. Nr. 41, in welch' letzterm Briefe der Kläger unterm 22. Mai schreibt: „Mit dieser Sendung ist als erledigt zu betrachten: Frankfurt 15 Abdrücke, Schiller und Goethe in einem vereinigt sind also 14". Laut Act. Nr. 77 waren die von dritter Seite in dieses Bändchen zu liefernden Holzschnitte auch erst am 22. Mai abgeliefert und daraus folgt, daß die dem Kläger zur Last fallende Verspätung ohne allen Einfluß blieb auf die Fertigstellung des Bändchens. Die Behauptung, daß die fraglichen 3 Bilder erst nachträglich beschlossen worden seien, ist, weil verspätet, nicht mehr zu hören und ebenso das Vorbringen, daß man sie bei rechtzeitiger Lieferung ab Seite des Klägers gar nicht bezogen oder früher bestellt hätte. Es fehlt also hier an jedem Zusammenhang zwischen der Verspätung des Klägers und der erst im Juli erfolgten Fertigstellung des fraglichen Bändchens und muß vielmehr angenommen werden, die letztere wäre auch bei rechtzeitiger Vertragserfüllung ab Seite dès Klägers nicht früher erfolgt, damit aber fällt das Fundament für die dießfällige Schadenersatzforderung der Beklagten dahin und ist dieselbe somit wiederum abzuweisen.

15. Was das Bändchen München betrifft, so hatte der Kläger innerhalb der Vertragsfrist nur 4 und nicht 6 Holzschnitte in dasselbe zu liefern und zwar wie Act. Nr. 5 beweist die Nr. 40, 41, 42 und 43. Die Generalansicht Nr. 51 und der Promenadenplatz Nr. 39 gehören nicht in den Vertrag vom 10. März und fallen deßhalb völlig ausser Betracht, dieß um so mehr, als nie behauptet worden ist, daß bezüglich dieser Bilder neben jenem Vertrag eine spezielle Lieferfrist vereinbart worden sei. Die Schnitte Nr. 41 und 42 sind schon am 26. April abgeliefert worden und was die Nummern 40 und 43 betrifft, so scheinen dieselben zwischen dem 15. Mai und 11. Juni abgeliefert worden zu sein, was daraus zu schließen ist, daß Schmidt dieselben im Brief vom 11. Juni, worin er die noch fehlenden Holzschnitte aufzählt, nicht erwähnt. Die dießfällige Verspätung ist aber deßwegen ohne Bedeutung, weil das Bändchen auch bei rechtzeitiger Lieferung nicht früher als geschehen hätte fertig gestellt werden können und zwar deßwegen, weil die Nr. 51 und 39 ebenfalls nicht früher kamen. Wenn aber hienach die nicht rechtzeitige Erfüllung des Klägers keinen Einfluß auf die verspätete Fertigstellung des Werkes hatte, so kannn auch ein aus der letztern resultirender Schaden dem Kläger nicht imputirt werden und ist somit wiederum auf Abweisung der bezüglichen Forderung zu erkennen.

16. Für das Bändchen Würzburg hatte Kläger nur einen Holzschnitt anzufertigen, nämlich die Nr. 26, wann dieselbe abgeliefert wurde, ist aus den Akten nicht deutlich ersichtlich, immerhin aber anzunehmen, daß dies vor dem 11. Juni geschehen sei, weil der Beklagte Schmidt den Holzschnitt in seinem Briefe von diesem Datum nicht als fehlend aufführt. Kennt man nun aber das genaue Datum der Ablieferung nicht und kann man folglich auch den Umfang der Verspätung nicht constatiren, so ist es im Fernern nicht möglich, den Einfluß derselben auf die späte Fertigstellung der Bändchen zu ermessen und so einen Causalzusammenhang zwischen der letztern und der vertragswidrigen Ablieferung zu construiren, übrigens war die Verspätung des Klägers jedenfalls bis zum 22. Mai ohne Einfluß weil laut Act. 77 und 91 selbst damals der Satz noch nicht vollendet war, vor dessen Vollendung abe-

die Holzschnitte nichts nützten. Die Schadenersatzforderung ist also auch hier zu verwerfen.

17. Endlich hatte Kläger bis zum 27. April für das Bändchen Berlin 13 Holzschnitte zu liefern. Die Nr. 5 und 6 gingen am 22. Mai, die Nr. 4, 20, 17, 7, 15, 3. 14 und 1 am 8. Juni an die Beklagten ab (siehe Act. Nr. 41 und 42), wann die letzten drei, nämlich die Nr. 2, 10 und 21 abgesandt wurden, ist ungewiß, daß es erst am 19. Juni geschehen, aber jedenfalls nicht bewiesen. Die damit constatirte Verspätung erweist sich nun aber nach den Angaben in Act. Nr. 77 als bedeutungslos, weil dort zugegeben wird, daß erst am 22. August noch 2 von dritter Seite zu liefernde Holzschnitte abgegeben worden seien und daraus folgt, daß wenn auch Kläger rechtzeitig geliefert hätte, das fragliche Bändchen jenes ihn nicht berührenden Umstandes wegen dennoch nicht eher hätte fertiggestellt werden können als dies geschehen ist, so daß es wiederum am Causalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung des Klägers und der Unmöglichkeit früherer Herstellung des Werkes mangelt. Daß die fraglichen beiden Bilder erst nachträglich bestellt worden seien, ist eine durchaus neue, nicht mehr zu hörende und übrigens auch nicht zum Beweise verstellte Behauptung, eventuell würde die nachträgliche Bestellung beweisen, daß die Beklagten überhaupt nicht daran dachten, dieses Bändchen noch im Sommer 1885 in den Buchhandel zu bringen. Die Folge dieser Ausführungen ist wiederum die Verwerfung des bezüglichen Schadenersatzanspruches.

18. Damit ist nachgewiesen, daß den Beklagten eine Gegenforderung nicht zusteht, die Einrede der Compensation fällt somit dahin und daraus ergibt sich von selbst, daß die Klage in vollem Umfange gutgeheissen werden muß.

Schluss:

1. Die Klage ist gutgeheissen und die Beklagten sind schuldig, dem Kläger 4532 Fr. 82 Rp. nebst Zins à 5 % seit 1. August 1885 zu bezahlen.

2. Die Staatsgebühr ist auf 150 Fr. festgesetzt.

3. Die Kosten sind den Beklagten auferlegt.

4. Dieselben haben den Kläger für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe mit 120 Fr. zu entschädigen.

5. Mittheilung an die Parteien geg. Empfangschein.

Anwendung des aus der Territorialhoheit der Kantone folgenden Grundsatzes, dass die Pfändung und Realisirung der Pfänder nur von demjenigen Vollziehungsbeamten vorgenommen werden kann, in dessen Sprengel die betreffenden Sachen liegen, — auf den aus der Pfändung und Versilberung eines Erbtheils, die im Kanton Thurgau stattgefunden hat, — abgeleiteten Anspruch auf Zufertigung des zu jenem Erbtheil gehörenden ideellen Antheils an einer im Kanton Zürich gelegenen Liegenschaft. Obergericht Zürich, 8. Mai 1885.

Der Erbantheil des Heinrich Lüthi, Agent, (zur Zeit angeblich in Genf) am Nachlasse seines Vaters, ist am 20. November 1885 durch das Friedensrichteramt Frauenfeld auf öffentliche Gant gebracht und von Fürsprech Merkli in Frauenfeld ersteigert worden. Gestützt hierauf verlangte letzterer vom Notar des Kreises Zürich, daß er sein Miteigenthum an der zum Nachlass gehörenden Liegenschaft am Grundbuch vormerke, eventuell diesen Antheil ihm zufertige. Da die Notariatskanzlei sich dessen weigerte, beschwerte sich Merkli beim Bezirksgericht Zürich und nachdem dasselbe mit Beschluß vom 2. Februar 1886 die Beschwerde als unbegründet abgewiesen hatte, ergriff er Rekurs an das Obergericht und stellte neuerdings den Antrag, daß die Notariatskanzlei, sei es zur Vornahme des Vormerkes, sei es zur Fertigung, angehalten werde, *allein der Rekurs wurde verworfen.*

Gründe:

1. Wie der Beschwerdeführer richtig hervorhebt, hat derselbe den Erbtheil des H. Lüthi an einer Gant erworben, welche Folge eines Vollstreckungsverfahrens von Gläubigern

des Lüthi gegen denselben war. Nun stellt sich die Frage auf, ob ein im Kanton Thurgau gegen Lüthi gerichtetes Schuldbetreibungs- oder Arrestverfahren den Gläubigern Rechte an Liegenschaften desselben, welche im Kanton Zürich gelegen sind, verschaffen konnte. Diese Frage ist entschieden zu verneinen; im Rechtstrieb- wie auch im Arrestverfahren kann die kantonale Beamtung nur auf diejenigen Sachen greifen, welche im betreffenden Kantone liegen und über die Kantonsgrenzen hinaus ist ein solches Verfahren wirkungslos. Jedenfalls kann ein gerichtliches Pfandrecht an einer Sache nur vom Vollstreckungsbeamten des Kantons, in welchem die Sache liegt, constituirt werden, (Schoch Art. 59 der B.-V. S. 15). Dazu kommt, daß unser kantonales Recht, welches mit Bezug auf die Rechte an Liegenschaften durch Bundesrecht nicht aufgehoben worden ist, ein gerichtliches Pfandrecht an Liegenschaften gar nicht kennt. Es gibt nur eine Executionsart, welche das ganze in der Schweiz gelegene Vermögen eines Schuldners ergreift und das ist das Konkursverfahren, aber sogar hier geschieht die Liquidation der Liegenschaften durch Separatkonkurs am Ort der gelegenen Sache (Schoch a. a. V. Seite 16 Note 11). Bei diesem Rechtszustand kann nicht geduldet werden, daß die Liquidation von Grundeigenthum auf anderem Wege als dem des Konkurses indirekt erwirkt werde, durch Pfändung von solchem als Theil einer Erbschaftsquote, eines Begriffsganzen.

2. Rekurrent stützt sich nun allerdings darauf, daß nicht die Liegenschaft in Zürich für sich, sondern als Theil einer Erbschaft eingepfändet worden sei und da der thurgauische Richter als zuständig in Sachen dieser Erbschaft anerkannt worden sei, so ergreifen vermöge der Universalität der Erbschaft Verfügungen dieses Richters über dieselbe auch das einzelne Vermögensstück. Richtig ist nun, daß der thurgauische Richter allein zuständig ist für Erbschaftsklagen der Erben des Vater Lüthi und, indem er solche entscheidet, auch verfügen kann über Erbschaftssachen, die im Kanton Zürich gelegen sind und man mag ihn auch für zuständig halten bei Klagen von Erbschaftsgläubigern, so lange die Erschaft noch unvertheilt ist. Nun ist aber bereits hervorgehoben worden, daß es sich um keine dieser Klagearten handelt. Der Rechtstitel, aus dem Rekurrent seine Ansprüche ableitet, ist die Steigerung auf der Gant, kann also wohl als eine Art Kaufvertrag betrachtet werden; der Umstand nun, daß ein Begriffsganzes erbrechtlicher Natur, nämlich eine Quote einer unvertheilten Erbschaft Gegenstand des Kaufes ist, vermag den hieraus entstehenden obligatorischen Anspruch keineswegs in einen erbrechtlichen umzuwandeln, welcher der Kompetenz der thurgauischen Behörden unterstände. Aber auch wenn der Rechtstitel des Rekurrenten als ein Vertrag erbrechtlicher Natur aufgefaßt wird, so kann der hieraus entstehende Anspruch nicht als ein erbrechtlicher im engen und eigentlichen Sinne betrachtet werden, denn aus Verträgen mit den Erben über eine angefallene Erbschaft läßt weder das zürcherische Privatrecht (§ 2143), noch dasjenige des Kantons Thurgau *erbrechtlichen* Anspruch entstehen, sondern nur einen solchen obligatorischer Natur, wie bezüglich Thurgau aus einem Entscheid des dortigen Obergerichtes vom 29. Oktober 1875 zu § 109 des Erbgesetzes hervorgeht (siehe „Grundsätzliche Entscheidungen" genannten Gerichtes No. 196). Das Verhältniß des Rekurrenten ist demnach lediglich das eines persönlichen Gläubigers des H. Lüthi zu demselben. Sein Erbtheil am väterlichen Nachlaß ist nicht mehr die Universalerbschaft, sondern einfach ein Theil seines Vermögens, das nach unserem Schuldbetreibungsrecht so wenig als Gesammtheit eingepfändet werden kann als das ganze Vermögen desselben und auch das Bundesrecht kennt außer dem Falle des Konkurses keine solchen Universalitäten.

3. Wenn sonach durch den Rechtstrieb im Kanton Thurgau kein Pfandrecht des Gläubigers an der in Zürich gelegenen Liegenschaft erworben werden konnte, so war auch kein solches Pfandrecht durch Versteigerung zu liquidiren und es hat daher auch Rekurrent durch die Gant weder Eigenthum erworben noch einen Anspruch auf Zufertigung erhalten.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Juli 1886. V. Band. № 13.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 11. Juni 1886
in Sachen

einer Reihe Actionäre *der Schweiz. Lloyd-Transportversicherungsgesellschaft* in Winterthur, — Kläger

gegen

die Schweiz. Lloyd-Transportversicherungsgesellschaft in Winterthur, in gerichtlicher Liquidation befindlich, — Beklagte

betr. Anfechtung eines Gesellschaftsbeschlußes.

Auslegung von Art. 657 Absatz 3 des O.-R., Recht der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft zu Mehrheitsbeschlüssen über gütliche oder rechtliche Verfolgung von Regreßansprüchen gegenüber Mitgliedern der frühern Verwaltung etc. Wohlerworbene Rechte der Mitglieder einer Aktiengesellschaft. (Art. 627 des O.-R.)

Streitfrage:

Sind die in der Generalversammlung vom 27. März 1886 gefaßten Beschlüsse und speziell der Mehrheitsbeschluß, durch welchen die gerichtlichen Liquidatoren zu einem Vergleiche mit den früheren Direktoren, Verwaltungsräthen und Rechnungsrevisoren resp. Erben von solchen ohne Ratifikationsvorbehalt und mit einer Minimallimite von $^4/_7$ von $1^1/_2$ Millionen Franken bevollmächtigt wurden, als ungültig aufzuheben?

Thatsächliches:

A. Die Schweiz. Lloyd-Transportversicherungsgesellschaft in Winterthur wurde im Jahr 1863 gegründet als Aktiengesellschaft mit einem Kapital von 5,000,000 Fr., eingetheilt in 1000 Aktien à 5000 Fr. auf den Namen lautend, wovon indeß nur 20 % einbezahlt wurden. Die zuletzt gültigen, revidirten Statuten datiren vom 31. Oktober 1876. Im Jahre 1874 gründeten deren Aktionäre den Schweiz. Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft in Winterthur mit einem Kapital von ebenfalls 5,000,000 Fr., veranlagt auf 5000 Aktien à 1000 Fr., wovon 10 % einbezahlt wurden. Die Aktionäre beider Gesellschaften waren größtentheils die nämlichen. Ebenso wurde die Verwaltung Beider aus den nämlichen Personen bestellt.

B. Nachdem beide Gesellschaften während mehreren Jahren hohe Dividenden ausbezahlt hatten und von der Verwaltung sehr beträchtliche Tantiemen bezogen worden waren, zeigte sich Ende 1882 plötzlich, daß dieselben seit geraumer Zeit mit enormen Verlusten gear-

beitet hatten, welche den Gesellschaftsbehörden von der Direktion verschwiegen worden waren. Gemäß § 53 Abs. 2 der Statuten und durch Beschluß der Generalversammlung vom 14. April 1883 traten beide Gesellschaften in Liquidation und bestellten eine gemeinsame Liquidationskommission. Bei dem Lloyd, *Transport*-V.-G. zeigte sich indeß bald, daß selbst das ganze Aktienkapital möglicher Weise zur Deckung der Passiven nicht ausreiche und deßhalb beschloß die Generalversammlung unterm 26. Januar 1884, die Insolvenzerklärung einzureichen. Das Gerichtspräsidium Winterthur nahm jedoch von der förmlichen Konkurseröffnung Umgang und ordnete in Anwendung des Art. 657 Abs. 3 des O.-R. einstweilen lediglich die Fortsetzung der Liquidation unter gerichtlicher Aufsicht an. Als Verwaltungsbeamte ernannte derselbe Notar Denzler in Winterthur und Louis Frei aus Solothurn. Der Schweiz. Lloyd, Rückversicherungsgesellschaft dagegen verblieb in außergerichtlicher Liquidation.

C. Durch den Generalversammlungsbeschluß vom 14. 1883 April wurde neben der gemeinschaftlichen Liquidationskommission auch eine gemeinschaftliche Prüfungskommission bestellt mit dem Auftrag, zu untersuchen, ob und inwieweit die bisherigen Mitglieder der Gesellschaftsbehörden für den eingetretenen Schaden verantwortlich gemacht werden können, sowie nöthigenfalls gerichtliche Schritte gegen die Schuldigen einzuleiten. Kraft dieses Mandates veranlaßte sie

a. Strafklage gegen den gewesenen Subdirektor Busch wegen Betruges zum Nachtheile der Gesellschaft, welche mit Verurtheilung des Angeklagten zu mehrjähriger Arbeitshausstrafe endete. Der Direktor Lengsdorf hatte sich schon im Januar 1883 durch Selbstmord der strafrechtlichen Verfolgung entzogen.

b. Anhebung des Rechtstriebes für eine Schadensersatzforderung von 6,813,827 Fr. gegen die Erben Lengsdorf und Busch, welch letzterer sich seither in der Strafanstalt das Leben genommen hatte und gegen sämmtliche Verwaltungsräthe und Rechnungsrevisoren resp. Erben solcher behufs Unterbrechung der Verjährung.

c. Die Sammlung des Beweismaterials zur Führung der Schadenersatzklage gegen die Genannten durch den Liquidator Frey.

D. Für die Lloyd Rückversicherungsgesellschaft reichte Advokat Forrer im März 1886 beim Handelsgericht Zürich eine gedruckte Klageschrift ein, womit von den Erben Lengsdorf und Busch, sowie von den Verwaltungsräthen und Rechnungsrevisoren Schadensersatz für dolose oder culpose Geschäftsführung im Betrage von ca. 2,800,000 Fr. verlangt wird, im Wesentlichen gestützt auf folgende Thatsachen:

1. Fortführung des Geschäftes, nachdem schon mehr als 10 % resp. 40 % des Aktienkapitals verloren gegangen waren entgegen den Vorschriften in § 53 der Statuten, beziehungsweise durch Fälschung der Jahresrechnungen und Verheimlichung der Verluste und in Folge dessen Verhinderung der Liquidation.
2. Widerrechtlicher Bezug von Tantiemen auf nicht gemachten Jahresgewinnen.
3. Statutenwidrige Annahme insolventer Personen als Aktienzeichner.
4. Widerrechtliche Begünstigung der von einigen Mitgliedern der Gesellschaftsbehörden gegründeten „Réunion de Réassureurs“ auf Kosten der Gesellschaft.
5. Seitens des Verwaltungsrathes Unterlassung eigener Anfertigung der Jahresrechnungen und auch der Prüfung derjenigen der Direktoren und endlich Seitens der Rechnungsrevisoren Vernachlässigung der ihnen obliegenden Controlle.

Aehnliche, zum Theil dieselben Thatsachen liegen den Schadensersatzansprüchen gegen die frühere Verwaltung der Schweiz. Lloyd *Transportversicherungsgesellschaft* zu Grunde, hier kommt aber wesentlich noch hinzu, daß die Direktoren Lengsdorf und Busch zum Schaden der Gesellschaft geheime Provisionen von auswärtigen Versichern bezogen haben sollen und zwar von einer Hamburger Firma im Betrage von ca. 70,000 Fr. und von zwei Parisergesellschaften zusammen über $1^1/_2$ Millionen Franken, wodurch die Gesellschaft betrogen und für sie ganz ruinöse Geschäftsabschlüsse bewirkt worden seien. Die Schadensbeträge sind indeß hier noch

nicht genau ermittelt und theilweise noch vom Ausgange von Prozeßen mit Rückversicherern abhängig, sodaß das Aktenmaterial der Schadensersatzklage noch der Vervollständigung bedarf. In einem vom 10. Okt. 1884 dadirten gedruckten Memorial sind die von Liquidator Frey bis dahin ermittelten Ergebnisse zusammengestellt, seither arbeitete dieser aber an der Vorbereitung des Prozeßes fort.

E. Im Februar 1886 suchte indeß Frey, nachdem er inzwischen zu einer Stellung im neueröffneten Eidg. Versicherungsamt in Bern berufen war, um seine Entlassung als Liquidator nach und das nämliche Gesuch stellte er beim Lloyd Rückversicherungsgesellschaft, wo er damals die Stelle des *alleinigen* Liquidators bekleidete. Aus diesem Grunde wurde bei letzterer, in außergerichtlicher Liquidation befindlicher Gesellschaft, behufs Neubesetzung der Liquidationskommission die Einberufung der Generalversammlung nöthig, zu diesem Zweck hielt die Prüfungskommission unterm 8. März 1886 in Olten Sitzung und vertagte die Generalversammlung auf den 27. gl. M. Sie faßte weiter den Beschluß, dieser einen Antrag über den Verkauf des im Miteigenthum beider Gesellschaften stehenden Lloyd-Gebäudes sowie weiterhin über Abschluß eines Vergleiches mit den Mitgliedern der frühern Verwaltung bez. Erben solcher vorzulegen.

F. Dieß veranlaßte Bezirksgerichtspräsident Schüepp, auf den nämlichen Tag auch die Generalversammlung der Schweiz. Lloyd-Transportversicherungsgesellschaft einzuberufen. Das Einladungsschreiben desselben ist datirt vom 13. März 1886, wurde aber anerkanntermaßen erst am 15. und 16. gl. M. versandt. Dasselbe bezeichnet die Traktanden folgendermaßen: I. Vorlegung des Resultates über den versuchten öffentlichen Verkauf des Verwaltungsgebäudes, Antrag betreffend definitiven Verkauf. II. Bericht betreffend den Gang der Regreßansprüche resp. der Vergleichsunterhandlungen gegenüber der frühern Lloyd-Verwaltung und Beschlussfassung über die eventuelle gütliche Erledigung der bezüglichen Prozeße.

G. Nun bestimmt § 25 der Statuten, daß die Einladungen zur Generalversammlung *spätestens 14 Tage* vor dieser erfolgen müssen und zwar durch den Verwaltungsrath und unter Angabe der zur Verhandlung kommenden Geschäfte. Gestützt hierauf protestirten 11 im Elsaß wohnhafte Aktionäre mit einer vom 22. März datirten Eingabe an Gerichtspräsident Schüepp gegen Abhaltung der Generalversammlung und verlangten Verschiebung derselben. Diesem Begehren wurde aber nicht entsprochen.

H. Die Generalversammlung fand dann unterm 27. März 1886 statt und nahm folgenden Verlauf:

Die Verhandlung wurde von Gerichtspräsident Schüepp eröffnet und geleitet, als Protokollführer funktionirte der gerichtliche Liquidationsbeamte Notar Denzler. Nach einem Referat von Schüepp über den Stand der Liquidation wurde zunächst Beschluß gefaßt über das Stimmrecht einzelner Gruppen von Aktionären; bezüglich des zweiten Traktandums erfolgte Ausschluß der Regreßbeklagten und derjenigen Aktionäre vom Stimmrecht, welche die Aktienraten nicht vollständig einbezahlt haben, dagegen Zulaßung derjenigen, die darüber mit der Gesellschaft noch Prozeß führen. Nach Kenntnißgabe vom Protest der Elsässer Aktionäre begann die Verhandlung über die beiden Traktanden und Gerichtspräsident Schüepp ließ hiezu seine gedruckten Anträge vertheilen. Derjenige zu Traktandum I ging dahin, die bisherigen Kaufsangebote auf das Lloydgebäude seien, weil ungenügend, abzuschlagen, die Bemühungen für einen günstigern Verkauf dagegen fortzusetzen und es werde die Zustimmung zu einem, den derzeitigen Inventarwerth annähernd erreichenden Preise ertheilt. Dieser Antrag wurde ohne Widerspruch zum Beschluß erhoben.

Der Antrag zu Traktandum II lautet folgendermaßen:

1. „Die Aktionärversammlung spricht ihre „Erwartung aus, daß die Vorbereitung des „Prozeßes für die gerichtliche Geltendmachung „der Ansprüche der Gesellschaft, *a.* an den „Nachlaß des verstorbenen Direktors Lengsdorf und Subdirektors Busch, *b.* soweit die „Haftbarkeit reicht, gegen die Mitglieder des

„früheren Verwaltungsrathes und eventuell „gegen die Rechnungsrevisoren, möglichst „gefördert werde und die Einleitung des „Prozeßes bei Gericht sobald thunlich erfolge."

2. „Sie wiederholt die schon früher be„schlossene Erklärung, daß auch eine gütliche „Erledigung sowohl der Regreßansprüche „als anderweitiger Forderungen der Gesell„schaft, sei es an die Direktoren oder an „die Verwaltungsräthe oder an die Revisoren, „anzustreben sei, jedoch ohne Hemmung der „Thätigkeit für den Prozeß selbst."

3. „Diese gütliche Erledigung unter Ver„zicht der Gesellschaft auf alle und jede „weitern Ansprüche, welcher Art und Natur „sie auch sein mögen, — soll nur stattfinden, „wenn die Gegenleistung der Gesammtheit „der Regreßbeklagten für die beiden Gesell„schaften: Lloyd-Transport- und Lloyd-Rück„versicherung in hier eine Summe von min„destens 1,500,000 Fr. erreicht. Die Repar„tition des erzielten Betrages hat in der „Weise zu geschehen, daß dem Lloyd-Trans„port $^4/_7$, der Lloyd-Rückversicherung $^3/_7$ zu„kommen."

Weiterhin werden Disp. 2 und 3 von dem übereinstimmenden Beschluß der Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft abhängig gemacht.

Gerichtspräsident Schüepp begründete den Antrag in einem längern Votum, worin er die für den Abschluß eines Vergleiches maßgebenden Faktoren berührte, immerhin nur in großen Zügen. Tobler-Schellenberg, einer der heutigen Kläger, stellte den Gegenantrag, daß die Prüfungskommission mit weiterer Untersuchung der Sache und zu Vergleichsunterhandlungen bevollmächtigt werde, jedoch nur in der Meinung, daß dieselbe für den Abschluß eines Vergleiches an die Zustimmung Seitens der Aktionäre gebunden sei. Eventuell beantragte er Ertheilung der Vergleichsvollmacht mit der Bedingung, daß die Schadensersatzsumme so hoch bemessen werde, um eine Rückzahlung von 1500 Fr. per Aktie erhältlich zu machen. Notar Denzler gab weitere und zwar sehr günstige Aufschlüsse über die finanziellen Ergebnisse der Liquidation und darauf führte Gerichtspräsident Schüepp aus, daß die Generalversammlung, so lange die *gerichtliche* Liquidation daure, kein eigentliches Dispositionsrecht in der Sache habe, vielmehr der Gerichtspräsident über derselben stehe und die Versammlung nur eingeladen habe, um deren Ansichten und Wünsche zu hören. Advokat Forrer, der von Schüepp ebenfalls zur Versammlung eingeladen worden war, um, falls es gewünscht werde, über die Verhältnisse der Schadensersatzansprüche zu referiren, — unterstützte diese Darstellung des Letztern über die Competenzen des Gerichtspräsidiums und darauf zog Tobler-Schellenberg seinen ersten Antrag zurück, hielt aber den eventuellen fest. Derselbe verlangte nach einem, den Vergleich empfehlenden Votum des Advokaten Heller, daß Nationalrath Forrer sich über die Regreßklagen ausspreche; Advokat Knüsli protestirte aber dagegen und verlangte Schluß und diesem letztern Begehren wurde mit allen gegen 4 Stimmen Folge gegeben. Laubi hatte beantragt, bei Ziffer 3 des Antrages Schüepp als weitere Bedingung beizufügen, daß das Ergebniß des Vergleiches den Aktionären zu gut kommen müsse. Bei der Abstimmung unterlagen jedoch die Anträge Tobler und Laubi und wurde derjenige des Gerichtspräsidenten mit 108 gegen 57 Stimmen angenommen. Am gleichen Tage ertheilte die Generalversammlung des Lloyd Rückversicherungsgesellschaft einem Aktionärausschuß ohne weitern Ratifikationsvorbehalt Vollmacht zum Abschluss eines Vergleiches mit der frühern Verwaltung mit der Limite von $^3/_7$ von $1^1/_2$ Millionen.

I. Die 23 Kläger, welche Besitzer von 135 Aktien des Lloyd Transportversicherungsgesellschaft mit einem Nominalbetrage von 685,000 Fr. sind, verlangen nun gerichtliche Ungültigerklärung und Aufhebung der von der Generalversammlung dieser Gesellschaft am 27. März 1886 gefaßten Beschlüsse und zwar derjenigen zu beiden Tranktanden. Bezüglich des erstern betr. den Verkauf des Verwaltungsgebäudes erklären sie aber, daß sie damit *materiell* einverstanden seien und gegen die Vollziehung keine Einsprache erheben, sondern nur grundsätzlich die Nichtigerklärung begehren, ebenso fechten sie bei dem in 3 Unterabtheilungen zerfallenden Beschluß zu Traktandum II *materiell* nur Disp. 3 an

dessen Aufhebung alleiniger Zweck der Klage ist, denn diese richtet sich der Sache nach nur dagegen, daß der Liquidation zum Voraus Vollmacht zu einem Vergleichsabschluß über die Schadensersatzforderung lediglich mit einer Limite von $1^1/_2$ Millionen Franken für beide Gesellschaften ertheilt worden sei ohne Ratifikationsvorbehalt Seitens der Generalversammlung.

K. Als Anfechtungsgründe machen die Kläger geltend:

1. Sämmtliche Beschlüsse seien ungültig wegen Verletzung von § 25 der Statuten, wornach zur Generalversammlung 14 Tage vorher eingeladen werden müsse. Die vom Gerichtspräsidenten in der Generalversammlung geäußerte Ansicht, daß für die Beklagte, weil sie sich in gerichtlicher Liquidation befinde, die Statuten überhaupt nicht mehr maßgebend seien und die Generalversammlung nicht nothwendig hätte einberufen werden müssen, sei unrichtig; die Befugnisse des Richters seien lediglich die durch Art. 657 Absatz 3 des O.-R. eröffneten und können nur in den zur Erhaltung des Vermögens der Gesellschaft dienlichen, durch das Interesse der Kreditoren geforderten Anordnungen bestehen, im Uebrigen aber verbleibe es bei der für die Gesellschaft durch die Statuten getroffenen Ordnung.

2. Bei einer in Liquidation befindlichen Aktiengesellschaft sei die Mehrheit der Aktionäre bei Widerspruch einer Minderheit nicht berechtigt, eine auch diese bindende Vergleichsvollmacht zu ertheilen, weil darin ein Verzicht auf ein Aktivum der Gesellschaft liege, nämlich bezüglich desjenigen Theils der Forderung, welcher auf dem Prozeßwege über das Vergleichsanerbieten hinaus erhältlich gewesen wäre. Jeder Aktionär habe an den bei Beendigung der Liquidation verbleibenden Gesellschaftsaktiven Miteigenthum pro rata seiner Aktienbeträge und dieses wohlerworbene Recht wäre durch eine Disposition über jene Aktiven Seitens einer Mehrheit von Aktionären verletzt; zum Liquidationssaldo gehöre aber, da die Gesellschaft nunmehr ganz oder doch zum größten Theil solvent sei, das Ergebniß der Schadensersatzansprüche. Ueberdem stehen die Schadensersatzansprüche jedem einzelnen Aktionär wenigstens insoweit direkt zu, als die Klage sich wie bei Lengsdorf und Busch auf dolose Handlungen stütze, und daß die Generalversammlung darüber nicht verfügen könne, sei selbstverständlich.

3. Eventuell sei es ein ganz selbstverständliches Recht jedes einzelnen Aktionärs, zu verlangen, daß ihm vor einer derartigen Beschlußfassung ein einläßlicher Bericht über die Schadensersatzansprüche und die Chancen eines Prozesses zugestellt werde. Unter allen Umständen hätte man den Aktionären vorher die Akten zur Orientirung auflegen und ihnen genügende Zeit zur Vorbereitung lassen sollen. Statt dessen seien sie vollständig überrumpelt worden.

L. Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage, indem sie erwidert:

ad 1. So lange die gerichtliche Liquidation daure, ruhen alle Rechte der Generalversammlung und leben erst wieder auf, nachdem die Gesellschaft wieder als solvent erklärt worden sei. Der Gerichtspräsident habe hier die Befugnisse, welche im Uebrigen dem Konkursrichter zustehen und wäre durchaus nicht verpflichtet gewesen, die Generalversammlung einzuberufen, er habe dieß nur zu seiner moralischen Entlastung gethan und die gefaßten Beschlüsse seien als solche ohne rechtliche Bedeutung. Daher sei der Gerichtspräsident bei Einrufung der Generalversammlung nicht an § 25 der Statuten gebunden gewesen. Uebrigens habe die Generalversammlung vom 14. April 1883 die damals bestellte Liquidationskommission mit der unbedingten Vollmacht zu Vergleichsabschlüssen ausgerüstet und letztere sei, nachdem an Stelle der außergerichtlichen Liquidationsbehörde die gerichtliche getreten, auf diese übergegangen.

ad 2. Ein *materielles* Einspruchsrecht gegen den Beschluß über den Vergleich stehe den Klägern nicht zu. Abgesehen davon, daß die Liquidation durchaus noch nicht zu Ende geführt sei und neue Komplikationen drohen, die die der Generalversammlung vorgelegte günstige Bilanz wieder in Frage stellen, gebe es für die einzelnen Aktionäre oder eine Minderheit derselben kein wohlerworbenes,

auf die Aktien pro rata ihrer Beträge vertheiltes Recht auf die Regreßansprüche, sondern stehen dieselben ausschließlich der Gesellschaft als juristischer Person zu, welche daher einzig das Verfügungsrecht darüber habe.

ad 3. Die Akten sowie Anträge seien den Aktionären im Verwaltungsgebäude zur Einsicht offen gestanden, die Herausgabe eines besondern Berichtes zu Traktandum II sei weder in den Statuten vorgeschrieben, noch im Allgemeinen üblich, und übrigens seien die Elsäßer Aktionäre stets auf dem Laufenden erhalten worden etc.

Entscheidungsgründe:

1. Die Kläger fechten zunächst die sämmtlichen, von der Generalversammlung der Beklagten unterm 27. März d. J. gefaßten Beschlüsse mit Rücksicht darauf an, daß verspätet zu dieser Versammlung eingeladen worden sei. Dieser Umstand vermag indeßen das Anfechtungsrecht jedenfalls insoweit nicht zu begründen als die Kläger bei der Versammlung zugegen waren und für die fraglichen Beschlüße gestimmt haben oder wenigstens im Prozeße erklären, daß sie materiell mit denselben einverstanden seien, denn in diesem Umfange liegt unzweifelhaft eine Genehmigung derselben vor. Die Anfechtung eines Beschlusses mit der gleichzeitigen Erklärung, daß man mit dem Beschlossenen einverstanden sei, ist etwas Unverständliches und durchaus unzulässig. Das Recht der Aktionäre auf Beobachtung der statutarischen Vorschriften hat nicht den Sinn, daß soweit letztere nicht erfolgt, dieselben einfach Anordnung einer neuen Verhandlung und wiederholte Beschlußnahme über die nämlichen Traktanden verlangen könnten, denn jene Vorschriften sind nicht um ihrer selbst willen, sondern nur als Garantien dafür, daß der Gesammtwille der Aktionärversammlung zum möglichst richtigen Ausdruck gelange, gegeben worden und kann folglich deren Verletzung zunächst nur als Mittel zur Anfechtung von Beschlüssen und dieß auch nur insoweit geltend gemacht werden, als die letztern unrichtig sein sollen. Die Erklärung, daß dieselben materiell richtig seien und inhaltlich anerkannt werden, enthält die Anerkennung, daß die vorgekommene Statutenverletzung ohne Einfluß auf die Richtigkeit der Beschlußfassung sei, davon ausgehend aber kann auch von einer Anullation der letztern keine Rede sein.

2. Diese allgemeinen Ausführungen, angewendet auf die vorliegenden thatsächlichen Verhältniße, müssen vor Allem aus die Abweisung des Begehrens zur Folge haben, daß auch der zu Traktandum I gefaßte Beschluß aufgehoben werde, denn die Kläger erklären ausdrücklich, sie seien vollständig damit einverstanden, daß die bis zum 27. März 1886 eingegangenen Kaufsangebote auf das Lloydgebäude, weil ungenügend, zurückgewiesen worden seien und haben auch nichts dagegen einzuwenden, daß der Verkauf zu einem, den gegenwärtigen Inventarwerth annähernd erreichenden Betrage stattfinde und das ist genau der Inhalt des bezüglichen Beschlusses. Speziell hat Tobler-Schellenberg dießfalls durchaus kein Klagerecht, denn er war bei der Versammlung anwesend und hat dem betreffenden Beschluß selbst zugestimmt.

3. Ganz gleich verhält es sich mit den Beschlüssen zu Traktandum II Disp. 1 und 2, denn die ganze Position, die Kläger im Prozeße einnehmen, beweist schlagend, daß sie vollständig damit einverstanden sind, wenn beschlossen wurde, es solle die Vorbereitung des Prozesses für die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaft an die frühern Direktoren, Verwaltungsräthe und Rechnungsrevisoren möglicht gefördert werden und die Einleitung beim Gericht so bald thunlich erfolgen. Ebenso erklären dieselben ausdrücklich, daß sie im Prinzipe durchaus nicht *gegen* eine gütliche Erledigung der Regreßansprüche, sondern damit einverstanden seien, daß eine solche neben der Thätigkeit für den Prozeß selbst angestrebt werde, etwas Anderes aber ist unter Dispositiv 2 zu Traktandum II auch nicht beschlossen worden.

4. Nicht einverstanden sind dagegen die Kläger mit Disp. 3 des fraglichen Beschlusses und es ist deßhalb hier zu untersuchen, ob sie sich dem gefaßten Mehrheitsbeschluß unterwerfen müßen oder nicht. Diese Untersuchung hat auf Grund des schweizerischen

der
; des Rechtes und der P[illegible]chaft
die zur Erhaltung des Frage
[illegible]n Anordnungen zu tre[illegible]sverbind-
[illegible]at nun aber nach [illegible] Wirkungen
[illegible]er in dem mehrer[illegible]nach demjenigen
[illegible] nur das besch[illegible]müßen, unter dessen
[illegible]geführt wurde [illegible]ur Existenz gelangt sind.
[illegible]tutengemäßen das Anfechtungsrecht aus
[illegible]ne der Ge[illegible]geleitet, daß die Einladun-
[illegible]nd Dispo[illegible]alversammlung nicht 14 Tage
[illegible]muß also [illegible]rn erfolgt sind. Diese Thatsache
[illegible] allein [illegible] unbestritten und ebenso steht fest,
[illegible] zeße [illegible]n ein Verstoß gegen den § 25 der
[illegible] wo [illegible] liegt. Falls aber die Kläger, wie
[illegible]nen behauptet wird, ein wohlerworbe-
[illegible]echt darauf besitzen, daß die Vorschrif-
[illegible]der Statuten beachtet werden, ist der an-
[illegible]chtene Beschluß auch nicht verbindlich,
[illegible]l er auf dem Wege einer Verletzung dieses
[illegible]htes zu Stande gekommen ist, wohler-
[illegible]rbene Rechte der Aktionäre denselben
[illegible]er gemäß Art. 627 des O.-R. durch Mehr-
[illegible]eitsbeschlüsse der Generalversammlung nicht
[illegible]ntzogen werden können. Die Beklagte kann
[illegible]ich nicht darauf berufen, daß der angefochtene Beschluß den Klägern jenes Recht nicht direkt abspreche, denn es genügt, daß die Rechtsverletzung der Beschlußfassung vorangegangen ist, die letztere nur auf dem Wege der erstern zu Stande gekommen ist und die Möglichkeit besteht, daß der Beschluß anders ausgefallen wäre, wenn die Rechtsverletzung nicht vorangegangen, d. h. rechtzeitig eingeladen worden wäre.

6. Es ist an sich nicht zu bestreiten, daß die Mitglieder einer Aktiengesellschaft ein wohlerworbenes Recht darauf besitzen, daß die Bestimmungen der Statuten genau respektirt und befolgt werden, und zwar muß dieß deßwegen angenommen werden, weil der Beitritt derselben zur Gesellschaft auf Grund der statutarischen Bestimmungen und in der Meinung stattgefunden hat, daß die Behandlung und Leitung der Gesellschaftsangelegenheiten denselben entsqrechend stattzufinden habe, das Recht auf die Beobachtung dieser Bestimmungen also ein an die Mitgliedschaft geknüpftes, mit derselben erworbenes Privatrecht ist. Die Beklagte selbst hat diese Auffassung nicht bestritten, allein sie glaubt, daß im vorliegenden Falle eine Ausnahme von diesem Prinzip gemacht werden müße, weil sich die Lloyd-Transportversicherungsgesellschaft in gerichtlicher Liquidation befinde, dieser Standpunkt ist jedoch unhaltbar. Im Konkurs befindet sich die Gesellschaft nicht und es kann somit auch die Behauptung, daß dieselbe die freie Verfügung über ihr Vermögen verloren habe, nicht auf den § 36 des zürcherischen Konkursgesetzes gestützt werden. Dagegen ist richtig, daß dieselbe am 26. Januar 1884 dem Gerichtspräsidium Winterthur die Insolvenzerklärung eingereicht und das letztere darauf die einstweilige Fortsetzung der Liquidation unter gerichtlicher Aufsicht verfügt hat. In diesem Stadium befindet sich die Gesellschaft auch heute noch und es entsteht nun die Frage, welcher rechtliche Einfluß dieser richterlichen Einmischung in die Liquidation zukomme resp. inwieweit die Aktionsfähigkeit der Willensorgane der Gesellschaft dadurch eingeschränkt worden sei. Die Beklagte und mit ihr der Gerichtspräsident gehen davon aus, daß nicht nur eine Einschränkung, sondern eine einstweilige völlige Suspension der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft bezw. ihrer Organe und zwar für die ganze Dauer jener gerichtlichen Einmischung angenommen werden müße. Diese Ansicht ist indessen nicht haltbar. Die Wirkung der richterlichen Dazwischenkunft hängt natürlich ab von der Bedeutung und dem Umfange, welche dieser selbst zukommt, um aber diese festzustellen, ist zurückzugehen auf die Gesetzesbestimmung, auf Grund welcher dieselbe angeordnet worden ist. Es ist dies der Art. 657 Absatz 3 des Obligationenrechtes. Hier wird gesagt, es bleibe dem Gericht, dem die Insolvenzerklärung eingereicht worden, überlassen, auf Antrag der Gläubiger die Konkurseröffnung aufzuschieben und inzwischen andere, zur Erhaltung des Vermögens dienliche Anordnungen zu treffen. Es handelt sich also im Anwendungsfalle dieser Bestimmung um die einstweilige Aufschiebung des Konkursverfahrens d. h. der gerichtlichen Liquidation aller Aktiven der Gesellschaft und der Vertheilung des Erlöses unter die Gläubiger derselben, jedoch in [illegible]

Meinung, daß der Richter inzwischen die zur Erhaltung des Vermögens erforderlichen und dazu dienlichen Anordnungen treffe. Daraus ergibt sich, daß der Rechtzustand, welcher durch die förmliche Konkurseröffnung geschaffen wird, in diesem Zwischenstadium ausgeschlossen und die Handlungs- beziehungsweise Dispositionsfähigkeit der Gesellschaft nur insoweit eingeschränkt werden soll als solches erforderlich ist, um die Erhaltung des Vermögens zu sichern. Dieser Zweck verlangt indeß durchaus nicht, daß sich der Richter vollständig an die Stelle der Verwaltungs- bezw. Liquidationsorgane stelle, ja die Competenzen der Generalversammlung ausschließlich für sich in Anspruch nehme, sondern es genügt, daß derselbe unter Verantwortlicherklärung der Verwaltungs- oder Liquidationsorgane für den Fall des Zuwiderhandelns ein Zahlungsverbot ausspricht und sich die Genehmigung aller Geschäftsmanipulationen in dem Sinne vorbehalte, daß soweit dieselben nicht bloß eine zweckentsprechende Consolidation der Verhältniße, eine günstige Abklärung und Bereinigung der Situation nach sich ziehen, sondern eine einseitige und ungerechtfertigte Vermögensverminderung zur Folge hätten, deren Anerkennung und Vollzug untersagt würde. Der Richter darf sich also in diesem Zwischenstadium nicht zum Liquidator der Gesellschaft aufwerfen, er hat kein Recht die statuten- oder gesetzesmässigen Lipuidationsorgane auf die Seite zu schieben und sich an deren Stelle zu setzen, sondern er muß diese mit der angegebenen Beschränkung forthandeln lassen, es steht ihm nur eine Aufsicht in dem Sinne zu, daß er die Gültigkeit und den Vollzug von Geschäftsabschlüssen hindern kann, welche die finanzielle Situation, anstatt sie zu verbessern und abzuklären, gefährden würden. Er hat weder das Recht Verträge noch Vergleiche abzuschliessen, dieß ist Sache der Verwaltungs- oder Liquidationsorgane und er kann dieselben nur hindern, wenn die mehrgenannte Voraussetzung zutrifft, und *noch* weniger ist es seine Sache, Prozeße zu führen, zumal wenn es sich um die Geltendmachung von der Gesellschaft zustehenden Ansprüchen handelt, aber ebenso wenig wenn diese ins Recht

gefa[illegible] anerkannt werden, ent[illegible] nehm[illegible] daß die vorgekommen[illegible] ben, m[illegible] Einfluß auf die R[illegible] den und e[illegible] sei, davon aus[illegible] in andern Fälle[illegible] Anullation d[illegible] versammlung be[illegible] zu vernehmen und d[illegible] Ausführunge[illegible] und entscheidend, sowe[illegible] thatsäc[illegible] Anerkennung nicht aus d[illegible] aus di[illegible] zu versagen berechtigt ist, [illegible] Folge h[illegible] zug eine die Gläubiger be[illegible]faßte [illegible] Vermögensverminderung nach [illegible] Klä[illegible] würde. Nach diesen Ausführungen i[illegible] lich auch klar, daß der Gerichtspräsi[illegible]dent von Winterthur in der Eigenschaft als [illegible] Richter weder zur Prozeßführung mit den r[illegible]greßpflichtigen Direktoren und Verwaltungsr[illegible]then noch viel weniger zum Abschluß eines [illegible]ergleiches mit denselben befugt ist. D[illegible]iese Competenz kommt nur den Liquidations[illegible]organen, eventuell der Generalversammlung [illegible] zu und eine richterliche Einmischung in die [illegible]züglichen Beschlüsse läßt sich wiederum n[illegible]ur auf Grund der Erwägung denken, daß di[illegible] acceptirte Vergleichssumme einen Verzich[illegible] auf ein sicheres Guthaben involvire und solches den nicht gedekten Gesellschaftsgläubigern entziehe. Da die Parteien darin einig gehen, daß wenn die vorgesehene Vergleichssumme von $1^1/_2$ Millionen Franken erhältlich ist, nicht nur die Gläubiger vollständig gedeckt werden, sondern, wenn nicht die ganze Summe, so doch ein bedeutender Theil derselben den Aktionären zufällt, so fällt das Einspruchsrecht des Richters ohne Weiteres dahin und übrigens denkt der letztere auch nicht an eine Geltendmachung desselben, sondern ist, wie sich aus den Akten ergibt, mit dem gefaßten von ihm selbst beantragten Beschluß einverstanden, und daraus folgt gerade, daß wenn den Klägern ein Anfechtungsrecht nicht zusteht, derselbe wirksam bleibt. Die gegentheilige von der Beklagten vertretene Auffassung hätte in ihrer Durchführung zur Folge, daß die Gesellschaft punkto Dispositionsfähigkeit einem Konkursiten völlig gleichgestellt würde, diese Wirkung aber wollte das Gesetz entschieden nicht veranlassen durch die Einräumung der Möglichkeit, den Konkurs aufzuschieben und die

[illegible] des Rechtes und der Pflicht, in- [illegible] die zur Erhaltung des Vermögens [illegible] Anordnungen zu treffen.

[illegible] at nun aber nach dem Gesagten der [illegible] r in dem mehrerwähnten Zwischensta- [illegible] nur das beschränkte Recht, wie oben [illegible] eführt wurde, und sind im Uebrigen die [illegible] utengemäßen oder gesetzlichen Willensor- [illegible] ne der Gesellschaft in ihrer Handlungs- [illegible] nd Dispositionsfähigkeit nicht beschränkt, muß also namentlich gesagt werden, daß sie allein Rechtsgeschäfte abschließen und Prozeße führen können, so ist ganz klar, daß da, wo an den Willen der Gesellschaft appellirt wird, diese auch in statutengemäßer Weise besammelt werden muß und sich bei der Beschlußfassung wiederum an die Statuten zu halten hat. So lange es überhaupt eine Generalversammlung gibt, die verbindliche Beschlüsse fassen kann, besteht auch das Recht des einzelnen Aktionärs, daß diese Beschlußfassung nach Maßgabe der Statuten stattfinde. Daß übrigens die ganze bisher entwickelte Auffassung auch von der sogenannten gerichtlichen Liquidationscommission getheilt wurde, geht wohl deutlich genug daraus hervor, daß dieselbe zu einer förmlichen Generalversammlung mit Angabe der Traktanden eingeladen und in dieser nicht nur die Wünsche und Meinungen der Einzelnen entgegengenommen hat, sondern Beschlüsse fassen ließ und dabei die Stimmberechtigung einer genauen Prüfung unterwarf. Gewiß hatte es dabei die Meinung, daß der Wille der Generalversammlung entscheidend sei und der Gerichtspräsident würde sich daher wohl gehütet haben, demselben entgegenzuhandeln.

8. War hienach der § 25 der Statuten auch bei Einberufung der Generalversammlung vom 27. März zu beachten und steht den Klägern ein wohlerworbenes Recht darauf zu, so muß Dispositiv 3 des bezüglichen Beschlusses wegen Verletzung dieses wohlerworbenen Rechtes kassirt werden. Wenn von der Beklagten unter Anderm auch betont worden ist, es habe die Liquidationskommission schon durch die Generalversammlungsbeschlüsse vom 14. April und 1. September 1883 unbedingte Vollmacht zum Vergleichsabschluß erhalten, so ist dieser Einwand, selbst dessen thatsächliche Richtigkeit vorausgesetzt, für die Entscheidung der Streitfrage deßwegen ohne alle Bedeutung, weil es sich gegenwärtig nur um die Gültigkeit des von der Generalversammlung unterm 27. März ausgesprochenen Gesellschaftswillens handelt und diese unbedingt verneint werden muß, sobald die Aeusserung des Letzern in statutenwidriger Weise stattgefunden hat. Will aber die Beklagte sagen, daß dieser in der Generalversammlung vom 27. März geäußerte Gesellschaftswille eigentlich ohne alle rechtliche Bedeutung sei, weil er nur die Bestätigung eines schon früher ausgesprochenen inhaltlich ganz gleichen Willens enthalte, so ist sie dabei kaum im guten Glauben, denn wenn sie diese Auffassung im Ernste jemals getheilt hätte, so wäre die Einberufung der Generalversammlung vom 27. März behufs Beschlußfassung über diesen Gegenstand eine eitle Comödie gewesen und hätte die Beklagte, nachdem sie zu dieser Erkenntniß gekommen, die Klage vernünftigerweise ohne allen Anstand anerkennen sollen. In Wirklichkeit glaubte sie aber nie an das nun Vorgebrachte und gewiß mit Recht, den vorausgesetzt auch, die frühere Liquidationskommission hätte jene Vollmacht gehabt, so wäre dieselbe nicht einfach auf die gerichtliche Liquidation übergegangen, dann aber bestand dieselbe offenbar auch nicht in dem Sinne, daß ein Vergleich ohne Genehmigung der Generalversammlung hätte abgeschlossen werden können, sondern hatte nur den Inhalt, daß Vergleichsunterhandlungen gepflogen und Vergleichsprojekte punktirt werden können. Diese Auffassung ist von der gerichtlichen Liquidation selbst dadurch bestätigt und anerkannt worden, daß sie die unbedingte Vollmacht erst von der neuen Generalversammlung verlangte, darin läge eventuell sogar ein Verzicht auf die frühere Vollmacht.

9. Nach diesen Ausführungen könnte nun eigentlich die Prüfung der Frage, ob den Klägern auch *materiell* rechtliche Anfechtungsgründe zu Gebote stehen, unterlassen werden, allein da dieselben den bestimmten Wunsch äußerten, das Gericht möge sich auch darüber aussprechen und die Erfüllung dieses Wunsches möglicherweise einen spätern Prozeß verhütet, so ist es für zweckmässig erachtet worden, demselben Folge zu geben.

In materieller Beziehung bestreiten die Kläger der Generalversammlung das Recht, bezüglich der Regreßansprüche an die frühern Direktoren, Verwaltungsräthe und Rechnungs-

revisoren durch Mehrheitsbeschluß einen Vergleich abzuschließen. Nun enthält zwar der angefochtene Beschluß überall nicht die Ratifikation eines bereits abgeschlossenen Vergleiches, wohl aber die *unbedingte* Vollmachtserteilung an die gerictliche Liquidationskommission, sich mit den Regreßpflichtigen auf gütlichem Wege abzufinden, wobei einzig die Einschränkung beigefügt ist, daß im Minimum $^4/_7$ von Fr. 1,500,000 geleistet werden müßen, diese Vollmachtsertheilung aber ist gleichbedeutend mit der im Voraus ausgesprochenen Ratifikation eines Vergleiches, durch welchen der Gesellschaft ein Regreßguthaben von mindestens $^4/_7$ der gesammten Summe gesichert wird und hat somit die Wirkung, dass ein von der gerichtlichen Liquidation innerhalb dieser Grenze abgeschlossener Vergleich sofort, mit dem Momente seiner Perfection für die Gesellschaft verbindlich wird, ohne daß die einzelnen Aktionäre dieß zu hindern vermöchten. Daraus folgt, daß wenn der Abschluß eines Vergleiches im angedeuteten Sinne wirklich eine Verletzung wohlerworbener Rechte der Kläger enthalten würde, denselben auch die Berechtigung zur Anfechtung des im Streite liegenden Beschlusses, weil die anticipando ausgesprochene unbedingte Genehmigung desselben enthaltend, zugestanden werden müßte. Der Beschluß für sich allein erzeugt allerdings die angebliche Rechtsverletzung noch nicht, schafft aber die Grundlage zu derselben und sichert deren Eintritt, soweit es in der Möglichkeit der Gesellschaft liegt, indem er es den Klägern gleichzeitig unmöglich macht, dieselbe zu verhindern, jedenfalls aber die Möglichkeit rechtzeitigen und namentlich wirksamen Einschreitens im höchsten Grade erschwert, weil ja mit dem Abschluß des Vergleiches auch sofort dessen Vollzug eintreten und von da an erst noch lange Zeit verstreichen kann, bis die Aktionäre nur Kenntniß von dem Geschehenen erhalten und die zur Wahrung ihres Rechtes erforderlichen Maßnahmen treffen können. Die behauptete Rechtsverletzung ist mit dem angefochtenen Beschluß ins Stadium der Ausführung getreten, die Kläger sind damit ernstlich bedroht und legitimirt, diese Bedrohung von ʰzuwenden.

10. Die Frage, ob und welche Ansprüche die einzelnen Aktionäre aus doloser oder fahrläßiger Pflichtverletzung der frühern Direktoren, Verwaltungsräthe und Rechnungsrevisoren diesen gegenüber selbst erworben habeu, ist nach dem zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuch als demjenigen Recht zu beurtheilen, unter dessen Herrschaft sowohl das Vertragsverhältniß als ein allfälliges Delikt, also die beiden in Frage kommenden Titel, aus denen die Regreßpflicht abgeleitet werden kann, ins Leben getreten sind. Aus dem Titel des Vertrages bezw. des vertraglichen Verschuldens haften die genannten ehemaligen Organe der Gesellschaft den einzelnen Aktionären als solchen nicht, weil sie zu diesen überall in keinem Vertragsverhältniß standen und deßhalb ihnen gegenüber auch keine vertraglichen Verpflichtungen verletzen konnten. Nach zürcherischem Recht ist die Aktiengesellschaft eine selbständige juristische Person und ebenso kommt ihr dieser Charakter nach dem schweizerischen Obligationenrecht zu und einzig mit diesem, von den einzelnen Aktionären als Glieder der Gesellschaft durchaus verschiedenen, selbstständigen Rechtssubjekt standen die frühern Verwaltungsorgane in einem vertraglichen Verpflichtungsverhältniß, woraus folgt, daß sie ein solches auch nur ihr gegenüber verletzen und aus diesem Rechtsgrunde nur ihr schadenersatzpflichtig werden konnten. Soweit den Regreßbeklagten nur Fahrläßigkeit vorgeworfen wird, kann von einer außervertraglichen Haftpflicht derselben keine Rede sein und zwar weder gegenüber der Gesellschaft als solcher, noch gegenüber den einzelnen Aktionären, weil die außervertragliche Fahrläßigkeit nach dem zürcherischen Privatrecht nur zum Ersatz des *am Körper oder an Sachen* zugefügten Schadens verpflichtet und ein solcher hier nicht in Frage kommt. Aber auch nach dem Obligationenrecht könnten wenigstens einzelne Aktionäre Regreßansprüche bloß aus fahrläßiger Schadenszufügung nicht geltend machen, sondern käme dieses Recht nur der Gesellschaft als solcher zu. (Art. 673, 674 und 675.) Dolose Schadenszufügung wird nur behauptet gegenüber den beiden frühern Direktoren Lengsdorf und

Busch, allein auch hier sind es juristisch nicht die einzelnen Aktionäre, denen gegenüber das Delikt begangen worden ist, sondern es erscheint als Geschädigte nur die Gesellschaft selbst, jedenfalls bezüglich des Schadens, der hier eingeklagt worden ist. Richtig ist freilich, daß die Schädigung der Gesellschaft zugleich eine Schädigung der einzelnen Mitglieder mit sich führt, allein nur deßwegen, weil die letztern eben die Gesellschaft bilden, in ihrer Vereinigung das Substrat sind, an welches die juristische Persönlichkeit geknüpft ist. Der Schaden der Glieder ist hier identisch mit dem Schaden der Gesellschaft und wird nach außen lediglich durch die letztere vertreten, in deren Persönlichkeit die einzelnen Glieder aufgehen, das berechtigte Subjekt ist also auch hier nur die Gesellschaft als solche und der einzelne Aktionär als mittelbar Geschädigter kann seine Interessen nur innerhalb des Vereins geltend machen, dadurch daß er mithilft, einen auf zweckentsprechende Verfolgung der Regreßansprüche gerichteten Gesammtwillen zum Ausdruck zu bringen. Auf einem andern Standpunkt steht allerdings das schweiz. O.-R., indem es in Art. 674 bezüglich des durch *absichtliche* Verletzung der Verwaltungs- und Aufsichtspflichten verursachten Schadens neben der Gesellschaft auch die einzelnen Aktionäre für forderungsberechtigt erklärt und sodann in Art. 675 consequenterweise bestimmt, daß dieses Klagerecht durch Generalversammlungsbeschluß nicht beseitigt werden könne, allein wie bereits angedeutet, ist die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf den vorliegenden Fall zeitlich ausgeschlossen.

11. Mit diesen Ausführungen ist nachgewiesen, daß die Beklagte durch den Abschluß eines Vergleiches mit den frühern Verwaltungsorganen überall keine den Klägern direkt an die letztern zustehenden Ansprüche berührt bezw. beeinträchtigt, sondern nur über den ihr allein zustehenden Anspruch disponirt. In Frage kommt nun aber weiter, ob ein Vergleichsabschluß im Sinne der beschlossenen Vollmachtsertheilung etwa den Klägern *als Vereinsmitglieder* zustehende Sonderrechte verletze, indessen ist auch darauf eine verneinende Antwort zu geben. Der einzelne Aktionär hat kein durch Mehrheitsbeschluß unantastbares Sonderrecht darauf, daß die Gesellschaft Ersatzansprüche aus pflichtwidriger Geschäftsführung ihrer Organe überhaupt verfolge und somit auch nicht darauf, daß diese Verfolgung in einer bestimmten Art bezw. in einem bestimmten Umfange stattfinde, sein aus der Mitgliedschaft folgendes Recht besteht vielmehr nur darin, daß man seine Ansicht und seine Stimme über die Frage der Verfolgung solcher Ansprüche in der statutarisch oder gesetzlich vorgeschriebenen Form zur Geltung kommen lasse, daß sein Einzelwille bei Feststellung des Gesellschaftswillens gehört werde; der eine Aktionär kann aus guten Gründen der Ansicht sein, das Gesellschaftsinteresse sei besser gewahrt, wenn von der rechtlichen Möglichkeit, die Verwaltungsorgane in einem gegebenen Fall zu belangen, gänzlich Umgang genommen oder davon wenigstens nur in einem reduzirten Maße Gebrauch gemacht werde, er kann finden, eine vergleichsweise Erledigung sei das viel Richtigere, der ganzen Situation Entsprechendere, und das Resultat ein günstigeres als wenn man es auf den richterlichen Entscheid ankommen lasse und diese Ansicht hat genau so viel Recht auf Beachtung, wie die entgegengesetzte, es solle der Anspruch verfolgt bezw. in einem grössern Umfange und nicht vergleichsweise, sondern auf dem Rechtswege geltend gemacht werden. Würde man deßhalb dem Vertreter der letztern Ansicht das unantastbare Recht geben, die Verfolgung der Ersatzansprüche so und in dem Umfange zu verlangen, wie er das für richtig hält, so läge darin einfach eine Verletzung der Mitgliedschaftsrechte aller andern, die nicht gleicher Ansicht sind; der Ansicht des Einzelnen kann nur entgegengesetzt werden die Ansicht der statutarisch oder gesetzlich vorgesehenen Mehrheit, weil diese den Gesammtwillen bildet. Dem gegenüber machen nun die Kläger freilich geltend, daß die Guthaben an die Regreßbeklagten den Liquidationssaldo der Gesellschaft bilden und daß sie an letzterm à raison ihrer Aktienbeträge antheilsberechtigt seien, daraus ableitend, daß eine Reduktion der

Guthaben auf dem Vergleichswege diese ihre Antheilsberechtigung reduziere, allein auch diese Auffassung ist nicht richtig. Allerdings hat der Einzelaktionär sowohl nach dem privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich als nach dem Schw. O.-R bei Auflösung der Gesellschaft das Recht auf einen verhältnißmässigen Antheil am Ergebniß der Liquidation (§ 1346 des pr. G.-B. und Art. 629 Abs. 2 und 667 Abs. 1 des O.-R.) und es unterliegt keinem Zweifel, daß dieses Recht ein Sonderrecht desselben ist, welches ihm durch Mehrheitsbeschluß nicht genommen werden kann, allein darum handelt es sich auch gar nicht. Erst wenn die Liquidation vollständig durchgeführt und die Gesellschaft dahingefallen ist, werden die Antheilsrechte der Aktionäre an dem dannzumal vorhandenen Vermögensüberschuß wirksam, vor diesem Zeitpunkt ist eben alles vorhandene Vermögen Eigenthum der Gesellschaft und steht ihr einzig das Dispositionsrecht darüber zu. Selbst wenn sich in einem frühern Zeitpunkt feststellen ließe, daß die Beendigung der Liquidation einen gewissen Vermögensüberschuß zeigen werde und müße, so geht es gewiß nicht an, daß die Aktionäre ein beliebiges Aktivum herausgreifen, dasselbe als jenen Vermögensüberschuß repräsentirend bezeichnen und daran Antheilsrechte geltend machen, denn so lange nicht vollständig liquidirt ist, bleibt jedes Aktivum der Gesellschaft derenGläubiger ganz gleichmässig verhaftet, woraus folgt, daß es nicht den Aktionären zustehen kann, die den letztern nichts schulden. Ueberdem steht durchaus nicht fest, daß Alles was allenfalls von den Regreßbeklagten erhältlich sein wird, unter die Aktionäre vertheilt werden könne, denn die bloße Hoffnung auf einige günstige Geschäftsabwicklungen genügt natürlich nicht, um die bezüglichen Guthaben als Liquidationssaldo zu betrachten.

Schluss:

Der von der Generalversammlung der Beklagten am 27. März 1886 zu Traktandum II unter Dispositiv 3 gefasste Mehrheitsbeschluß betreffend Vollmachtsertheilung an die gerichtlichen Liquidatoren zum Vergleichsabschluß mit den frühern Direktoren, Verwaltungsräthen und Rechnungsrevisoren ist als ungültig aufgehoben, im Uebrigen dagegen die Klage abgewiesen.

Auszug
aus einem Urtheil
der Appellationskammer des zürch. Obergerichtes

vom 18. Mai 1886

in Sachen *Spar- und Leihkasse Zurzach* ca. *Christian Dölker.*

Die vorbehaltslose Zinsquittirung gegenüber dem neuen Erwerber des Unterpfandes einer grundversicherten Forderung als Beurkundung des Vertragwillens, den letztern unter gleichzeitiger Entlassung des alten als neuen Schuldner anzunehmen.

Die Klägerin erwarb unterm 28. August 1880 von a. Notar Klingler einen vom 8. März 1877 datirten Schuldbrief von Fr. 11,000 auf den Beklagten als Schuldner auf einem ihm gehörigen Hause in Zürich haftend. Letzterer verkaufte dann das Unterpfand an einen Dritten, J. Balluf, die notarialische Fertigung fand am 28. Februar 1883 statt. Diesem stellte der Kassier der Klägerin, H. Attenhofer, am 5. März gl. J. eine Quittung des Inhaltes aus, daß „Balluf vom Kapital, Fr. 11,000,“ den pro 2. Februar 1883 verfallenen Zins mit Fr. 550 bezahlt habe. Unterm 30. März wurde der Klägerin von der Notariatskanzlei die in § 816 des P. G.-B. vorgeschriebene Ueberbundsanzeige zugestellt. Dieselbe erkundigte sich dann bei ihrem Cedenten über den Werth des Pfandes und die Solvenz des neuen Erwerbers, die Informationen lauteten schlecht, und die Direktion des klägerischen Institutes beschloß hierauf, sich an den alten Schuldner, den Beklagten zu halten, machte davon aber weder diesem noch Balluf Anzeige. Letzterer gerieth später in Konkurs, wobei der Schuldbrief der Klägerin in Kapital und Zins ungedeckt blieb, und Gegenstand des Prozeßes bildet nun die Forderung der Klägerin auf das Schuldbrief-

kapital und dessen Zins pro 2. Februar 1884. Der an letzterem Tage fällige Zins war von Balluf bezahlt worden, die Quittung hiefür aber auf den Namen des Beklagten ausgestellt worden. Bezüglich der Zinszahlung vom 8. März 1883 behauptet Klägerin, solche sei durch Balluf persönlich an ihrer Kasse geschehen und der Kassier habe erklärt, er könne nur das Geld abnehmen, über die Annahme als Schuldner habe die Direktion zu entscheiden. Der Beklagte dagegen behauptet, Balluf habe den Zins durch zwei Postmandate von Fr. 500 und Fr. 50 übersandt und sich in einem Begleitbrief als Uebernehmer der Liegenschaft angezeigt, hiefür werden zwei die Absendung jener Mandate auf den 2. März 1883 feststellende Postscheine vorgelegt, im weitern beruft sich die Klägerin auf ihren Kassier und der Beklagte auf Balluf als Zeugen. Bezüglich der Stellung des Kassiers beim klägerischen Institute ist zu erwähnen: § 42 der Statuten bezeichnet denselben als den verantwortlichen Geschäftsführer der Anstalt, der, wo vom Verwaltungsrathe nichts anderes bestimmt sei, „die für selbe verbindliche Unterschrift führe.“ Als weiterer Angestelter ist in § 42 der Buchhalter genannt, und diesen beiden ist nach § 38 die „Direktion“ vorgesetzt, als „die unmittelbare Verwaltungsbehörde,“ zu deren Obliegenheiten gemäß lit. a. u. A. auch der Entscheid über Annehmbarkeit der Pfänder, Bürgen u. s. w. gehört. Im Handelsregister ist der Kassier ebenfalls als Prokuraträger der klägerischen Anstalt bezeichnet; diese ist als Genossenschaft eingetragen. Die Klägerin stützt ihre Forderung darauf, daß sie den Beklagten nie aus dem Schuldverhältniß entlassen habe, während dieser die Entlassung behauptet. *Beide Instanzen traten der letztern Auffassung bei und wiesen desshalb die Klage ab, die Appellationskammer aus folgenden Gründen:*

1. Nach § 815 des Priv. G.-B. ist bei eigentlichen Schuldbriefen ein neuer Erwerber des Unterpfandes verpflichtet, die Schuld zu übernehmen, der Gläubiger dagegen hat nach § 816 das Recht, sich an den alten Schuldner zu halten, muß dann aber seine Forderung innert zwei Jahren vom ersten Kündigungstermine an einziehen, und geschieht das nicht, so wird der alte Schuldner von Rechtes wegen frei. Im Uebrigen verlangt das Gesetz vom Gläubiger nicht etwa eine Erklärung innert einer bestimmten Frist, sondern ordnet lediglich noch an, daß der Notar demselben von der Ueberbindung der Schuld an den neuen Erwerber Anzeige zu machen habe, („Ueberbundsanzeige“) und es ist unmittelbar nach dieser Vorschrift vom Wahlrecht des Gläubigers die Rede. Darüber, ob in einem gewissen anderweitigen Verhalten des Hypothekargläubigers die Annahme des neuen Erwerbers zu erblicken sei, sagt das Sachenrecht Nichts und hieraus folgt nun einerseits, daß wenn der frühere Schuldner für eine Zeit vor dem Ablauf jener zweijährigen Inkassofrist seine Entlassung behauptet, ihm dafür der Beweis obliegt, sowie anderseits, daß für die Würdigung des Verhaltens des Gläubigers im übrigen lediglich die Rechtssätze in Kraft bleiben, die sich aus der Natur des Anspruches *als Forderung* ergeben.

Die Annahme eines neuen Schuldners mit Entlassung des alten ist nun nach Art. 142 Ziff. 2 des O.-R. als Novation zu beurtheilen, und gemäß Art. 143 muß der Wille, eine solche zu bewirken, aus dem Geschäfte klar hervorgehen und darf solches nicht vermuthet werden.

2. Im vorliegenden Falle frägt es sich nun zunächst, welche Thatsachen, in denen eine Willensäusserung erblickt werden kann, der Klägerin anzurechnen seien, da diese, als eine juristische Person, für den Willensausdruck dritter Personen bedarf und streitig ist, wessen Aeusserungen hiebei maßgebend seien als diejenigen des Vertreters der Klägerin. Hiebei kann es sich naturgemäß lediglich um die rechtliche Stellung der klägerischen Organe nach *aussen* hin, im Verkehre mit Dritten, handeln. In dieser Hinsicht unterscheidet das O.-R. zwischen den Prokuristen und Personen, die vom Geschäftsinhaber ohne Prokuraertheilung, sei es zum Betriebe des ganzen Gewerbes, sei es zu bestimmten Geschäften angestellt sind, indem es, überall guter Glaube des Dritten vorausgesetzt, jene in Art. 423 als die rechtmässigen Vertreter

des Geschäftsinhabers für alle Rechtshandlungen erklärt, welche der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes mit sich bringen kann, die Angestellten ohne Prokura dagegen in Art. 426 bloß hinsichtlich derjenigen, welche die Ausführung der Geschäfte *von der Art der ihnen übertragenen* gewöhnlich mit sich bringt. Die Klagebestreitung bezw. Einrede der Schuldentlassung, stützt sich nun ausschließlich auf die von R. Attenhofer als Kassier der Klägerin unterm 5. März 1883 ausgestellte Zinsquittung, so daß die Frage die ist, ob der Kassier zur Schuldentlassung und Novation nach aussen hin als legitimirt betrachtet werden könne; daß nämlich der Beklagte bei Annahme der von ihm behaupteten Schuldentlassung nicht gutgläubig war, ist weder behauptet worden noch sonst aus den Akten ersichtlich. Nun kann es vorerst keinem Zweifel unterliegen, daß bei einer Spar- und Leihkasse, als einer Anstalt, deren Zweck vornehmlich der gewerbsmässige Betrieb von Darlehensgeschäften bildet, zu Erreichung dieses Zweckes auch Schulderneuerungsverträge gehören, und es können daher Dritte bei einem Prokuraträger der Klägerin unzweifelhaft die Vertretungsbefugniß annehmen; daß aber der Kassier die Prokura besitze, scheint sich aus den Statuten und der Publikation im Handelsregister zu ergeben. Sollte dies jedoch nicht der Fall sein, so darf derselbe gewiß als Handlungsbevollmächtigter im Sinne von Art. 426 des O.-R. betrachtet werden, und zwar in weit grösserm Umfang, als es die Stellung des Kassiers bei grössern Bankinstituten in der Regel mit sich bringt, da die Klägerin in ihren Statuten den Kassier zum „verantwortlichen Geschäftsführer" bestellte, wohl ganz in Uebereinstimmung mit den praktischen Bedürfnissen und Verhältnissen eines derartigen kleinen Geldinstitutes mit wenigen Angestellten und relativ unbedeutendem Geschäftstrieb. Im Hinblick auf die Natur des Gewerbes der Klägerin muß nun die Entlassung bisheriger und Annahme neuer Hypothekarschuldner zu den Rechtshandlungen gezählt werden, welche die Obliegenheiten auch eines blossen Geschäftsführers dieser Art gewöhnlich mit sich bringen. Bezüglich der Frage der Schuldentlassung sind demnach die Handlungen des Kassiers für die Klägerin verbindlich, freilich nicht in der Weise, daß das Verhalten der Direktion dabei ohne Bedeutung wäre; denn unzweifelhaft war auch diese nach aussen hin in dieser Sache zur Vertretung der Anstalt befugt; denn es ist nicht hergestellt, daß Geschäfte von der Art des hier in Frage kommenden in die *ausschliessliche* Kompetenz des Kassier gelegt gewesen seien, und für dritte mußte dieser Gedanke ferne liegen.

3. Da der neue Erwerber Balluf nach dem Gesetz ohne weiteres verpflichtet war, als neuer Schuldner der Hypothek einzutreten, so bedurfte es seinerseits zu der die Entlassung des Beklagten in sich schliessenden Novation, keiner Willensäußerung, sondern kam letztere zu Stande, sobald eine solche auf Seiten der Klägerin vorhanden war. Von da an aber war die Schuldentlassung perfekt, und eine allfällige spätere Aenderung des Willens in den Organen der klägerischen Anstalt, sei es beim Kassier, sei es bei der Direktion, vermochte an derselben nichts mehr zu ändern und keine neue Verbindlichkeit des Beklagen zu begründen.

Es darf zwar unbedenklich angenommen werden, die Direktion habe nach Empfang der Informationen ihres Cedenten Klingler an der Schuldnerschaft des Beklagten festhalten wollen; aber nach dem Gesagten frägt es sich nur, ob nicht damals schon die Novation durch ihren Kassier erklärt gewesen sei. In dieser Hinsicht kommt lediglich die Quittirung des Zinses durch denselben am 5. März 1883 in Betracht.

4. Der Umstand, daß diese Handlung vor Empfang der Ueberbundsanzeige, welche letztere erst am 30. gl. Mts erfolgte, stattfand, vermag an ihrer natürlichen Bedeutung mit Bezug auf das Schuldverhältniß nichts zu ändern; denn die Auffassung, daß der Gläubiger erst nach Empfang jener Anzeige im Stande sei, dem neuen Pfanderwerber Erklärungen über das neue Forderungsverhältniß abzugeben, findet im Gesetze keinen Anhalt, es reicht vielmehr, wie in einem Entscheide der Zivilabtheilung des Obergerichtes vom Jahre 1863 (s. Zeitschrift Bd. XIII S. 278)

ausgeführt ist, der neue obligatorische Nexus, in den der neue Erwerber von Gesetzeswegen sofort tritt, vollkommen aus zur Berechtigung des Gläubigers, ihn als Schuldner zu behandeln. Auch liegt es wohl nicht in der Meinung des Getetzes, der Ueberbundsanzeige eine weitere Bedeutung einzuräumen als diejenige einer sichern Kenntnißgabe vom Eigenthumsübergang und solche etwa als Einräumung der in § 816 des priv. G.-B. bestimmten Rechte oder wenigstens als eine für den Fristbeginn nothwendige Eröffnung zu gestalten; hieraus folgt aber, daß für die rechtliche Kraft der Erklärungen des Gläubigers an den neuen Erwerber überhaupt nur die sichere Kenntniß des Eigenthumsüberganges erforderlich ist, gleichviel ob dieselbe auch auf anderm Wege als durch die amtliche Anzeige vermittelt sei.

5. Es steht keineswegs fest, unter welchen nähern Umständen die in Frage liegende Zinszahlung stattgefunden habe, und wenn auch bei Berücksichtigung der erst in zweiter Instanz vorgelegten Postscheine anzunehmen wäre, die Zahlung sei durch Postsendung und unter nähern schriftlichen Aeusserungen des Balluf erfolgt, so würde dadurch der Inhalt der letztern nicht erbracht und auch durch das Zeugniß des Genannten wohl kaum festgestellt werden können. Unbedenklich darf indeß angenommen werden, daß dem Kassier entweder vor der Zahlung oder gleichzeitig mit derselben Mittheilung vom Erwerbe des Pfandes durch Balluf gemacht worden sei; denn wenn dieser sich bloß als Bote des Beklagten präsentirt oder vom Kassier hiefür gehalten worden wäre, so hätte letzterer die Quittung jedenfalls nicht schlechtweg auf dessen Namen ausgestellt, so wenig als dies später geschah, als die Klägerin gewillt war, von Balluf den Zins nur für Rechnung des Beklagten in Empfang zu nehmen. Also ist die Annahme gerechtfertigt, die Quittung sei mit dem Bewußtsein ausgefertigt worden, daß Balluf der Pfandeigenthümer sei. Freilich enthält dieselbe nun keine ausdrückliche Erklärung, daß dieser letztere, der gesetzlich zur Uebernahme der Schuld Verpflichtete, als Schuldner angenommen werde. Immerhin aber wurde nicht lediglich der Empfang der Geldsumme, sondern derjenige des Zinses für das Schuldbriefkapital bescheinigt, und es stellt sich also die Quittung als ein Akt dar, der auf das streitige Schuldverhältniß direkt Bezug hat. In der Regel wird nun die Zinszahlung von Niemand anderm als vom Schuldner geschehen, so daß der Gläubiger darin eine Bethätigung des Pfandeigenthümers finden muß, welche zeigt, dass letzterer der Meinung ist, er werde als Schuldner angenommen. Dieser Schluß ist so naheliegend, dass der Gläubiger, wenn er zwar wohl den Zins, aber nicht den Zahlenden als Schuldner entgegennehmen will, dies offenbar erklären muss, damit sein Stillschweigen nicht als Zustimmung gedeutet wird; eine vorbehaltlose Quittung darf gemäss der Natur der Sache der Regel nach als Schulderneuerung betrachtet werden. Diese Auffassung erweist sich namentlich auch als richtig Angesichts des beim Schuldbriefverkehr hervortretenden Bedürfnisses nach klarer und möglichst einfacher Gestaltung der Verhältnisse, und letztere Rücksicht darf der neue Eigenthümer, dem der Zins vorbehaltlos abgenommen wird, bei Würdigung dieses Verhaltens wohl auch in Betracht ziehen. Also muß der Gläubiger in der Regel annehmen, sein Stillschweigen werde für Entgegennahme als Schuldner aufgefaßt.

In gleicher Weise kann der bisherige Schuldner in einem solchen Verhalten eine Kundgebung des Novationswillens ihm gegenüber erblicken und es ist anzunehmen, es sei damit der Wille hiezu erklärt. Die eben erörterte Auslegung stimmt durchaus überein mit einer Entscheidung der Zivilabtheilung des Obergerichtes vom 21. Mai 1842 in Sachen Bosshardt gegen Jsler, (siehe Ulmers Comentar No. 1211, Beiträge Bd. III S. 265.) wo allgemein ausgesprochen wurde, dass die vorbehaltlose Ausstellung einer Zinsquittung an den nenen Pfandeigenthümer als Entlassung des frühern Schuldners zu betrachten sei. Dass diese Auffassung in der That auch in massgebenden Kreisen herrschend ist, zeigt ein vom Anwalt des Beklagten heute vorgelegtes, dieselbe bestätigendes Zeugniss der Zürcher Kantonalbank sowie ein solches eines der bedeutendsten Vermögensverwalters der

Stadt Zürich (Sch.-B.) Erstere Stelle erklärt zwar, keine Meinung für diejenigen Fälle äußern zu wollen, wo die Quittung vor dem Empfang der Ueberbundsanzeige erfolgte; allein nach Erwäg. 4 ändert dies an der Rechtsstellung der Parteien hierin Nichts und es ist hervorzuheben, dass die ebengenannte Entscheidung gerade einen Fall dieser Art betrifft.

6. Es kann sich noch fragen, ob die eben erörterte Willensauslegung nicht speziell gegenüber dem klägerischen Institut weniger zutreffend sei, und zwar desswegen, weil dasselbe ausserhalb des Kantons Zürich domizilirt ist, so dass daran zu denken sei, den Organen desselben, insbesondere dem Kassier seien die Verhältnisse des zürcherischen Rechtes, welche ja bei dieser Interpretation wesentlich in Berücksichtigung gezogen wurden, nicht genügend bekannt gewesen, um im gleichen Masse ins Auge gefasst zu werden. Eine *rechtliche* Vermuthung für die Kenntniss der Gesetze des Kantons Zürich besteht nun hier allerdings nicht etwa zu Ungunsten der Klägerin, da jene sich nur auf die Einwohner des Kantons und auf die innert desselben abgeschlossen Rechtsgeschäfte bezieht. Allein anderseits waren die Angestellten des klägerischen Geldinstitutes, das ganz in der Nähe des Kantons etablirt ist und notarischer Weise in häufigem Geschäftsverkehr mit zürcherischen Hypothekarschuldnern steht, zensirt, die zürch. Gesetzgebung in dieser Richtung genau zu kennen, weil diese Kenntniss zu den Grundlagen ihres bezüglichen Gewerbebetriebes gehören muss. Jenes Bedenken erscheint daher als unstichhaltig, und es greift somit der Klage gegenüber die Einrede der Schuldentlassung Platz, so dass die Klage abzuweisen ist.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. August 1886. V. Band. № 14.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 11 Juni 1886
in Sachen
einer Reihe Aktionäre *der Schweiz. Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft* in Winterthur, Kläger,
gegen
diese Gesellschaft, Beklagte,
betr. Anfechtung eines Gesellschaftsbeschlusses.

Zu den wohlerworbenen Rechten der Aktionäre im Sinne des Art. 627 Absatz 1 des O.-R. gehören sowohl diejenigen, welche die *Statuten* des Aktienvereins den einzelnen Mitgliedern als solchen einräumen, als auch diejenigen, welche das *Gesetz* an die Mitgliedschaft des Vereins knüpft. Auslegung von Art. 647 des O.-R. etc.

Streitfrage:

Ist der in der Generalversammlung vom 27. März 1886 zu Traktandum IV gefaßte Mehrheitsbeschluß, durch welchen die Prüfungskommission abberufen und ein Aktionärausschuß von 3 Personen zu einem Vergleichsabschluß mit den früheren Direktoren, Verwaltungsräthen und Rechnungsrevisoren resp. Erben von solchen ohne Ratifikationsvorbehalt und mit einer Minimallimite von $^3/_7$ von $1^1/_2$ Millionen Franken bevollmächtigt wurde, als ungültig aufzuheben?

Das Gericht
hat

Gestützt auf die im Prozeße gegen die Lloyd - *Transport*versicherungs - Gesellschaft *(siehe vorige Nummer dieser Zeitschrift)* angeführten und folgende weitern thatsächlichen Verhältnisse:

A. In ihrer am 8. März 1886 abgehaltenen Sitzung beschloß die Prüfungskommission die Vertagung der Generalversammlung auf den 27. März und vereinbarte folgende Anträge an dieselbe: 1. Neubestellung der Liquidationskommission an Stelle des zurückgetretenen Herrn Frey aus H. Gysi, als technischem Liquidator und M. Heller und Tobler-Schellenberg als Beigeordneten und 2. hinsichtlich der Regreßforderungen: Dieselben seien von der Liquidation zu trennen und die Prüfungskommission mit allen dießfälligen Funktionen, sowie zur gütlichen Unterhandlung und zum allfälligen endgültigen Vergleichsabschlusse vollständig ermächtigt, ebenso sei ihr hiefür der erforderliche Kredit bewilligt. Dabei hatte es indeß, wie im Prozeße anerkannt ist, die Meinung, daß immerhin die Ratifika-

tion des abzuschließenden Vergleiches durch die Generalversammlung vorbehalten sei.

B. Die Einladung zur Generalversammlung erfolgte durch Zeitungspublikationen und Versendung eines Cirkulars an sämmtliche Aktionäre. Die Traktanden wurden darin folgendermaßen bezeichnet:

1. Bericht und eventuell Anträge der Liquidationskommission betreffend die Veräußerung des Lloydgebäudes.

2. Mittheilung der Prüfungskommission über die in Folge Demission des Herrn Frey nöthig gewordene Bestellung der Liquidationsorgane. Einholung der dießfälligen Bestätigung der Generalversammlung.

3. Bericht und Antrag der Prüfungskommission betreffend die Liquidationsrechnungen pro 1883, 1884 und 1885..

4. *Bericht und Antrag der Prüfungskommission betreffend die Regressansprüche an die frühere Verwaltung und Revisoren.*

C. Bei Eröffnung der Generalversammlung ließ Liquidator Frey an der Thüre jedem Eintretenden gedruckte, von ihm gestellte Gegenanträge gegenüber den Anträgen der Prüfungskommission übergeben und zwar zu Traktandum II und IV. Bezüglich des erstern Verhandlungsgegenstandes war darin namentlich eine zum Theil abweichende, die Wahl von Tobler-Schellenberg ausschließende Besetzung der Liquidationskommission angestrebt. Der Gegenantrag zu Traktandum IV besteht aus 6 Dispositiven, nämlich:

1) „Nachdem die durch die Generalversammlung vom 14. April 1883 bestellte Prüfungskommission die Untersuchung der Geschäftsführung der frühern Verwaltung beendigt hat, wird die genannte Commission mit heutigem Tage aufgelöst und deren Mitgliedern für ihre Leistungen der Dank und die Anerkennung der Gesellschaft ausgesprochen."

2) „Die gerichtliche oder außergerichtliche Erledigung der Regreßansprüche der Gesellschaft an die frühere Verwaltung wird einem besondern Aktionärausschusse von 3 Mitgliedern und 2 Suppleanten übertragen. Derselbe ist ermächtigt, die Gesellschaft in fraglicher Angelegenheit rechtsgültig vor allen Instanzen zu vertreten, die erforderlichen Vollmachten an den Anwalt oder die Anwälte der Gesellschaft zu ertheilen, eventuell auch die Sache auf dem Wege des Vergleiches endgültig und ohne Ratifikationsvorbehalt zum Austrag zu bringen und es wird ihr zur Bestreitung der entstandenen oder noch entstehenden Gerichts-, Anwalts-, Experten- und anderer Unkosten bei der Kasse der Gesellschaft der nöthige Kredit ertheilt. Die Protokolle der bisherigen Prüfungskommission sind an diesen Aktionärausschuß auszuliefern und bleiben die aus denselben sich ergebenden, Seitens der Prüfungskommission Dritten gegenüber Namens der Gesellschaft getroffenen Abkommen auch für den Aktionärausschuß in Kraft."

Disp. 3 und 4 enthalten Bestimmungen über Honorar und Unterschrift. In Disp. 5 sind als Mitglieder des Aktionärausschusses vorgeschlagen: Keller in Winterthur, Platen in Müllhausen und J. A. Casparis, Regierungsstatthalter auf Schloß Rietberg bei Thusis und als Suppleanten: G. A. Rutishauser, Kaufmann in Winterthur und H. Fehr, Präsident der Eidg. Bank in Burgdorf. Disp. 6 setzt endlich alle frühern Beschlüsse außer Kraft.

D. Nach Erledigung von Traktandum I und II wurde sofort, unter Verschiebung von Traktandum III auf den Schluß, auf Traktandum IV eingetreten und zwar hörte hier die Versammlung zunächst ein Referat des Liquidators Frey an, der seinen Gegenantrag damit empfahl, daß die derzeitige Zusammensetzung der Prüfungskommission (Mehrheit Müllhauser Aktionäre) nicht den richtigen Ausdruck der Willensmeinung der Aktionäre bilde. Dr. Bachofen von Basel sprach hierauf seine Verwunderung darüber aus, daß ein abtretender Liquidator vor Thorschluß einen solchen Umsturz zu bewerkstelligen suche und verwahrte sich gegen die Ersetzung der mit der Sache betrauten Prüfungskommission durch eine andere *gefügigere* Commission, deutete an, daß in Winterthur das Bestreben herrsche, die Schadenersatzklagen niederzudrücken und verlangte Vertheilung der gedruckten Klagschrift unter die Aktionäre. Der Vorsitzende Heller erklärte letz-

teres als unstatthaft, da im Interesse des Zustandekommens eines Vergleiches den Regreßbeklagten von der Prüfungs- und der Liquidationskommission Geheimhaltung der Klageschrift versprochen worden sei, was Platen bestätigte, im weitern die Anträge der Prüfungskommission in Schutz nehmend. Für den Antrag Frey sprach sodann noch Sulzer-Ziegler, der sich namentlich gegen die Vorwürfe des Professor Bachofen wendete. Bei der Abstimmung wurde schließlich der Gegenantrag Frey mit 188 gegen 155 Stimmen angenommen, da indeß Platen eine Wahl in den Aktionärausschuß ablehnte, wurde an seiner Stelle Bankpräsident Fehr in Burgdorf als Mitglied desselben gewählt und für ihn als Suppleant Werner Streuli, Kaufmann in Winterthur. Nach der Abstimmung zu Traktandum IV verliessen die Elsässer Aktionäre die Generalversammlung unter Zurücklassung eines schriftlichen Protestes gegen die gefaßten Beschlüsse, worin sie ihre Schadenersatzansprüche gegen die frühere Verwaltung zu Protokoll wahrten. Von Sulzer-Ziegler wurde darauf beantragt, die dem Aktionärausschuß bezüglich der Regreßforderungen ertheilte Vergleichsvollmacht in Uebereinstimmung mit dem Beschlusse der Lloyd-Transportversicherungsgesellschaft an die Bedingung zu knüpfen, daß von den Beklagten an beide Lloydgesellschaften zusammen mindestens $1^1/_2$ Millionen Franken bezahlt werden, in der Meinung, daß hievon der Lloyd-Transportversicherungsgesellschaft $^4/_7$ und der Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft $^3/_7$ zukommen. Tobler-Schellenberg und J. Baltensperger beantragten Erhöhung der Limite auf 2 Millionen Franken. Bei der Abstimmung erlangte der Antrag Sulzer mit 149 von 199 Stimmen den Sieg.

E. Nunmehr treten 47 Aktionäre, welche Besitzer von 1300 Aktien der Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft im Nominalbetrage von 1,300,000 Fr. sind, als Kläger auf und verlangen gerichtliche Ungültigerklärung und Aufhebung des von der Generalversammlung dieser Gesellschaft am 27. März 1886 zu Traktandum IV gefaßten Beschlusses. Als Anfechtungsgründe machen sie geltend:

1. Der Beschluß sei ungültig, weil der Antrag auf Abberufung der Prüfungskommission, als eines von der Generalversammlung bestellten Organes der Gesellschaft und die Uebertragung der Funktionen desselben an einen Aktionärausschuß gemäß Art. 646 und 647 des O.-R. im Einladungsschreiben vom 12. März als Traktandum der Generalversammlung hätte aufgenommen werden sollen und durch die Zuwiderhandlung gegen jene gesetzlichen Vorschriften ein wohlerworbenes Recht der Aktionäre verletzt worden sei. Die Kläger legen wesentlichen Werth auf die Beibehaltung der Prüfungskommission, da ihnen dieselbe gemäß ihrer Zusammensetzung eine viel größere Garantie für die Wahrung der Gesellschaftsinteressen gegenüber den Regreßbeklagten biete als der bestellte Aktionärausschuß.

2. Bei einer in Liquidation befindlichen Aktiengesellschaft sei die Mehrheit der Aktionäre bei Widerspruch einer Minderheit nicht berechtigt, eine auch diese bindende Vergleichsvollmacht zu ertheilen, weil darin ein Verzicht auf ein Aktivum der Gesellschaft liege, nämlich bezüglich desjenigen Theiles der Regreßforderung, welcher bei Durchführung des Prozesses über das Vergleichsanerbieten hinaus erhältlich wäre. Jeder Aktionär habe an den bei Beendigung der Liquidation verbleibenden Gesellschaftsaktiven Miteigenthum pro rata seiner Aktienbeträge und dieses wohlerworbene Recht wäre durch eine Disposition über jene Aktiven Seitens einer Mehrheit von Aktionären verletzt, zum Liquidationssaldo gehöre aber, da die Gesellschaft nunmehr, in Folge der günstigen Ergebnisse der Liquidation als solvent erscheine, das Ergebniß der Schadenersatzansprüche. Ueberdem habe jeder einzelne Aktionär insoweit eine selbständige Schadenersatzforderung, als die Klage sich wie bei Lengsdorf und Busch auf dolose Handlungen stütze, wofür auf die §§ 1827 und 1832 des privatrechtlichen Gesetzbuches verwiesen werde und daß über diese, den Einzelnen zustehenden Ansprüche nicht von der Gesellschaft verfügt werden könne, sei klar.

3. Eventuell hätte den Aktionären vor der Generalversammlung ein einläßlicher Bericht über die Schadenersatzansprüche und

Chancen eines Prozesses zugestellt, unter allen Umständen aber Gelegenheit zur Einsicht der Akten gegeben und genügend Zeit zur Vorbereitung, Bestellung eines Wortführers etc. gelassen werden sollen. Statt dessen habe man die Kläger mit einem, ihnen völlig unbekannten Antrag überrascht, sie mundtodt gemacht und erdrückt. Dieses Verfahren widerspreche dem Art. 644 Satz 2 des O.-R.

Die Beklagte trug auf Verwerfung der Klage an, indem sie auf die einzelnen Anfechtungsgründe bemerkte:

ad 1. Die Aufnahme der Anträge Frey's in die Traktandenliste sei durchaus nicht nöthig gewesen, weil sich dieselben nicht als neuer Verhandlungsgegenstand, sondern nur als Gegenantrag bezw. Widerspruch gegen einen in den Traktanden bezeichneten Antrag darstellen. Die Ersetzung der Prüfungskommission durch einen kleinen Aktionärausschuß habe sich sachlich durchaus gerechtfertigt, da mit Einreichung der Klageschrift bei Gericht die Funktionen jener Behörde bezüglich der Schadensersatzansprüche thatsächlich ihr Ende erreicht hätten, indem zur Prozessführung von jeher nur die Liquidationskommission competent gewesen sei, die Prüfung der Liquidationsrechnungen aber immer unter Genehmigung Seitens der Generalversammlung Experten übertragen worden sei etc. Wenn aber auch Disp. 1 des Beschlusses zu Traktandum IV Mangels vorheriger Anzeige des Gegenstandes dahinfallen würde, so hätte doch die in den folgenden Dispositiven dem Aktionärausschuß ertheilte Vergleichsvollmacht Gültigkeit, da letzteres Traktandum im Einladungsschreiben genannt worden sei.

ad 2. *Materiell* stehe den Klägern ein Einspruchsrecht gegen den Beschluß überall nicht zu. Abgesehen davon, daß die Liquidation durchaus noch nicht beendigt sei und neue Complicationen drohen, welche die Nothwendigkeit der Einzahlung weiterer Aktienraten in Frage stellen würden, gebe es für die einzelnen Aktionäre oder eine Minderheit derselben kein wohlerworbenes auf die Aktien pro rata ihrer Beträge vertheiltes Recht auf die Regreßansprüche, sondern stehen dieselben ausschließlich der Gesellschaft als juristischer Person zu, die daher einzig das Verfügungsrecht darüber habe.

ad 3. Der Vorwurf der Ueberraschung und Ueberrumplung sei ungerechtfertigt. Die Herausgabe eines besondern Berichtes sei weder in den Statuten vorgeschrieben, noch im Allgemeinen üblich. Die Gegenanträge sowie sämmtliche Akten seien während 8 Tagen vor der Generalversammlung zur Einsicht der Aktionäre im Lloydgebäude aufgelegt und dieß denselben bekannt gewesen etc.

aus folgenden Gründen:

1. Die Klage verlangt Ungültigerklärung des von der Generalversammlung der Beklagten unterm 27. März d. J. zu Traktandum 4 gefassten Mehrheitsbeschlusses, weil dieser den Klägern in ihrer Eigenschaft als Aktionäre der Gesellschaft zustehende, wohlerworbene Rechte verletze. Die Frage, ob dieser Klagegrund das gestellte Begehren rechtfertige, ist nach dem schweizerischen Obligationenrecht zu beurtheilen, weil es eine Frage nach der Rechtswirkung des angefochtenen Beschlusses ist, dieser unter der Herrschaft des Obligationenrechts gefaßt wurde und die Wirkungen aller juristischen Thatsachen nach demjenigen Rechte beurtheilt werden müssen, unter dessen Herrschaft dieselben ins Leben getreten sind. Maßgebend ist also hier der Art. 627 des O.-R. und nach diesem muß der Klage Folge gegeben werden, wenn der in Frage gestellte Mehrheitsbeschluß wirklich eine Verletzung wohlerworbener Rechte der Kläger in sich schließt.

2. Zu diesen Rechten gehört unzweifelhaft auch dasjenige, daß die Bestimmungen der Statuten genau respektirt und befolgt werden, denn es ist dasselbe ein Ausfluß der Mitgliedschaft, ein mit dieser verknüpftes wohlerworbenes Privatrecht. Die Statuten bilden die Verfassung der Personenvereinigung, sie fixiren und garantiren die Individualrechte der Mitgliedschaft und können deßhalb selbstredend durch Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung nicht alterirt werden. Solche mit der Mitgliedschaft verknüpfte und daher von den Beschlüssen der Generalversammlung unabhängige Rechte sind aber ferner auch diejenigen, welche das *Gesetz* den ein-

zelnen Aktionären als solchen gibt, z. B. das Recht, daß die Gegenstände, über welche Beschluß gefaßt werden soll, bei Einberufung der Versammlung bekannt gemacht und über nicht bekannt gegebene Traktanden keine Beschlüsse gefaßt werden etc. (Art. 646 des O.-R.)

3. Die Kläger nehmen den Standpunkt ein, — und dies ist der einzige formelle Anfechtungsgrund, an dem sie noch festhalten — es liege in dem angefochtenen Beschluß eine Abberufung der Prüfungskommission und diese hätte nur dann in rechtsgültiger Weise beschlossen werden können, wenn der bezügliche Antrag bei Berufung der Generalversammlung bekannt gemacht, als spezielles Traktandum genannt worden wäre. Daraus, daß eine Bekanntmachung in diesem speziellen Sinne nicht stattgefunden hat, leiten sie die Ungültigkeit bezw. Anfechtbarkeit des *ganzen* Beschlusses ab, währenddem die Beklagte eventuell den Standpunkt einnimmt, daß die Begründetheit dieses Anfechtungsgrundes nur den Wegfall von Dispositiv 1 des Beschlusses zur Folge haben könnte. Dieser Gesichtspunkt der Klage muß nun als richtig und durchschlagend anerkannt werden. Der Art. 647 des O.-R. bestimmt ausdrücklich, daß die Mitglieder der Verwaltung und Controllstelle sowie andere von der Generalversammlung gewählte Bevollmächtigte und Beauftragte von der letztern *nur unter Beachtung der Vorschriften des Art. 646 abberufen werden können* und damit ist ganz deutlich ausgesprochen, daß eine derartige Abberufung anläßlich der Einladung zur Generalversammlung immer als spezielles Traktandum genannt werden muß. Wie der Comentar von Schneider und Fik zu Art. 647 zeigt, wollte es der Gesetzgeber durch diese Vorschrift verhüten, daß eine ganz zufällige Majorität in einer Generalversammlung eine Desorganisation der Verwaltung schaffe etc. Man ging davon aus, und gewiß mit vollem Recht, die Abberufung von Organen, denen die Generalversammlung einmal ihr Vertrauen geschenkt habe, sei ein so wichtiger und unter Umständen folgenschwerer Schritt, daß es sich rechtfertige, wenigstens dafür zu sorgen, daß allen Aktionären die Möglichkeit gegeben werde, der betreffenden Beschlußfassung beizuwohnen und ihre Ansicht und Stimme in die Waagschale zu werfen. Von einer Seite wollte man sogar so weit gehen, für die Abberufung eine Stimmenmehrheit im Sinne des Art. 619 Absatz 4 zu verlangen und wenn nun auch dieser Antrag abgelehnt wurde, so bildet er doch ein bezeichnendes Interpretationsmittel für die beibehaltene Bestimmung, daß Anträge auf derartige Abberufungen immer rechtzeitig bekannt gemacht werden sollen. Die Meinung war die, daß zwar auch hier die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen, sofern die Statuten nicht etwas anderes vorschreiben, entscheiden, aber immerhin eine leichtfertige, auf dem Wege der Ueberrumplung eines Theils der Aktionäre geplante Abberufung verhindert werden soll. Dieß zu verhüten kann einzig der Zweck jener Bestimmung sein und soll er erreicht werden, so muß der Richter genaue Beobachtung der bezüglichen Vorschrift verlangen. Daß die einzelnen Aktionäre ein wohlerworbenes Recht darauf besitzen, ist bereits gezeigt worden und dieses kann ihnen natürlich auch auf dem Umwege nicht genommen werden, daß man solche Abberufungsanträge in die Form von Gegenanträgen bringt, derartige Versuche sind als wissentliche Umgehung des Art. 647 des O.-R. zurückzuweisen.

4. Wenn es sich nun aber weiter frägt, ob der angefochtene Beschluß wirklich eine Abberufung im Sinne der genannten Gesetzesstelle enthalte, so kann auch darauf nur eine bejahende Antwort gegeben werden. Die Mitglieder der Prüfungskommission waren von der Generalversammlung gewählte Bevollmächtigte im Sinne der Art. 647 und 661 des O.-R., selbst wenn vielleicht ein einzelnes Mitglied von der letztern selbst gewählt worden sein sollte, so geschah das doch nur in Folge Delegation des Wahlrechts ab Seite der Generalversammlung, so daß dasselbe wie von dieser selbst gewählt betrachtet werden muß. Diese Bevollmächtigten waren betraut mit einer gewissen Spezialaufgabe, nämlich mit der Untersuchung der Geschäftsführung der frühern Direktoren, Verwaltungsräthe und Rechnungsrevisoren und wenn nun eingewendet wird, daß

Aufgabe erfüllt und damit das Vollmachtsverhältniß von selbst dahingefallen sei, um anzudeuten, daß es sich in Wirklichkeit nicht um eine Abberufung der Prüfungskommission, sondern vielmehr nur um eine Constatirung dieses Sachverhaltes handle, so entspricht das der Aktenlage nicht und stimmt schlecht zu der Thatsache, daß der Beschluß von einer *Auflösung* der Prüfungskommission spricht und mit der Weiterverfolgung der Regreßansprüche auf gerichtlichem und außergerichtlichem Weg gleichzeitig eine neue Commission betraut. Die Prüfungskommission hatte nicht bloß die Aufgabe, Untersuchungen darüber anzustellen, ob die frühern Verwaltungsorgane ihre Pflichten verletzt haben oder nicht und bejahendenfalls das für die gerichtliche Erhebung von Regreßansprüchen erforderliche Material zusammenzustellen, sondern sie war auch mit der Verfolgung der letztern auf gütlichem und rechtlichem Wege betraut. Der Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung liegt in dem Generalversammlungsbeschluß vom 1. Sept. 1883, zumal dort gesagt ist, daß sie die Liquidationscommission anweisen könne, den Regreß auf gütlichem oder rechtlichem Wege geltend zu machen; nach aussen, dem Richter und Dritten gegenüber sollte also allerdings die *letztere* die Gesellschaft vertreten, allein nach innen hatte sie gemeinschaftlich mit der Prüfungskommission zu berathen und zu handeln, beide bildeten eine Gesammtbehörde, deren gemeinschaftliches Zusammenwirken die richtige Garantie für eine zweckentsprechende Lösung der ziemlich schweren Aufgabe bieten sollte. Mit der blossen Klageinleitung gegen die frühern Verwaltungsräthe etc. ist ja das angestrebte Ziel noch lange nicht erreicht, wesentliche thatsächliche Grundlagen der Klage können bestritten und dadurch neue Untersuchungen nöthig gemacht werden, ja es kann der Fall eintreten, daß man sich im Laufe des Prozesses über wichtige weittragende Punkte entscheiden muß. Dieß Alles konnte der Generalversammlung vom 1. Sept. 1883 nicht entgehen und ist ihr auch nicht entgangen, geht man aber davon aus, so muß der der Prüfungskommission ertheilte Auftrag, den Regreß durch das Mittel der Liquidationskommission auf rechtlichem Wege geltend zu machen, dahin verstanden werden, den bezüglichen Prozeß *bis zu Ende* durchzuführen. In mindestens demselben Maße aber bedurfte es der Mitwirkung und Kontrolle der Prüfungskommission zur *gütlichen* Erledigung des Streites, denn es ist einleuchtend, daß auch einer solchen eine genaue Würdigung vielseitiger Verhältnisse vorausgehen muß und diese vorgenommen durch ein Personen*collegium* weit mehr Gewähr für ein richtiges Resultat bietet, als wenn sie dem einzigen Liquidator überlassen worden wäre. Daß übrigens die Mehrheit der Generalversammlung die ganz gleiche Auffassung hatte, beweist wohl der Umstand zur Genüge, daß sie sowohl die gerichtliche als außergerichtliche Erledigung der Regreßansprüche nicht etwa dem Liquidator zuwies, sondern einem Aktionärausschuß übertrug. Der Unterschied zwischen diesem Ausschuß und der Prüfungskommission besteht nur darin, daß jener bloß 3 Mitglieder, die letztere aber sieben solcher zählt, indeß lag der ausschlaggebende Grund, welcher die Mehrheit der Generalversammlung veranlaßte, die Weiterverfolgung der Regreßansprüche einem ganz neuen Organ zu übertragen, durchaus nicht in der Erwägung, daß die Prüfungskommission zu viele Mitglieder habe, denn dies hätte höchstens im Hinblick auf den Kostenpunkt gesagt werden können und dieser konnte hier, wo man sich gewohnt ist, mit größern Zahlen zu rechnen, um so weniger in Frage kommen, als die Differenz eine ganz unbedeutende ist. Das einzige, jedenfalls aber das entscheidende Motiv für die Auflösung beziehungsweise Abberufung der Prüfungskommission lag vielmehr in der Erwägung, daß diese in ihrer heutigen Zusammensetzung viel zu weitgehende Anforderungen an eine *gütliche* Erledigung der Regreßansprüche stellen werde, als wie es speziell den Winterthurer Aktionären angezeigt erschien und als wie vielleicht einzelne, mit der Mehrheit Stimmende glauben mochten, daß es rathsam und zweckentsprechend sei, um den Streit überhaupt auf aussergerichtlichem Wege erledigen zu können. Dieß ergibt sich sowohl aus der Begründung des Antragstellers als aus dem

Votum des Hrn. Sulzer-Ziegler mit aller Deutlichkeit. Man glaubte zu wissen und darin scheint man sich nicht getäuscht zu haben, daß die Prüfungskommission in ihrer Mehrheit nie geneigt sein werde, mit einer Vergleichssumme von $1^1/_2$ Millionen für beide Gesellschaften abzumachen, weil aber die Winterthurer Aktionäre, aus welchen Gründen mag hier unentschieden gelassen werden, der Meinung waren, daß sobald diese Summe erhältlich sei, der Vergleich geschlossen werden soll, so gelangten sie zu dem Schluß, die Prüfungskommission wenn immer möglich durch einen kleinern, in materieller Beziehung auf ihrem Standpunkt stehenden Aktionärausschuß ersetzen zu lassen und um das Ziel desto sicherer zu erreichen, mit den bezüglichen Anträgen erst in der Generaalversammlung selbst hervorzutreten, in diesem ganz offensichtlich geplanten Vorgehen aber liegt eben eine Ueberrumplung, wie sie durch die Vorschrift des Art. 647 verhindert werden sollte und deßhalb vom Richter durch Nichtigerklärung ihrer Folgen unschädlich gemacht werden soll, dieß geschieht aber nur dann, wenn der *ganze* zu Traktandum 4 gefasste Beschluß und nicht bloß Disp. 1 desselben aufgehoben wird. Allerdings spricht nur dieses *direkt* von der Auflösung bezw. Abberufung der Prüfungskommission, allein die Aufhebung dieser Abberufung hat von selbst die Wiedereinsetzung der letztern in ihre Funktionen zur Folge und weil diese identisch sind mit der durch Dispositiv 2 dem neuen Aktionärausschuß übertragenen Aufgabe, so ist damit natürlich auch diese Uebertragung der der Prüfungskommission zukommenden Mission an ein neues Organ anullirt und zwar selbstredend nach Form und Inhalt. Es bezieht sich dies also namentlich auch auf die Vollmacht, mit $1^1/_2$ Millionen Franken bezw. drei Siebtheilen davon abzumachen, weil diese eben nur dem Aktionärausschuß gegeben ist und folglich mit diesem als dem einzig bevollmächtigten Organ dahinfallen muß. Auch die weitern Bestimmungen des Beschlusses sind reine Consequenzen der Auflösung der Prüfungskommission und Uebertragung ihrer Aufgabe an ein neues Organ, weßhalb sie beim Wegfall dieser nicht weiter fortbestehen können. Die Traktandenliste hat nicht einmal eine Reorganisation noch viel weniger aber eine förmliche Abberufung der Prüfungskommission als Verhandlungsgegenstand angezeigt, unter diesen Umständen aber durfte auch ein bezüglicher Beschluß nicht gefaßt werden und wenn es dennoch geschehen ist, so muß nach dem Gesagten dessen Aufhebung erfolgen.

Auch hier ist noch der Einwand zurückzuweisen, daß die Liquidation schon durch die Beschlüsse der Generalversammlung vom 14. April und 1. September 1883 unbedingte Vollmacht zum Vergleichsabschluß erhalten habe. Zunächst ist derselbe insofern thatsächlich unrichtig, als nur Liquidator *und* Prüfungskommission *zusammen* mit der gütlichen oder rechtlichen Verfolgung der Regreßansprüche betraut waren, nicht aber der erstere allein und sodann kann auch hier nicht anerkannt werden, daß es bei jenen Beschlüssen die Meinung gehabt habe, es dürfen diese Organe ohne Genehmigung der Generalversammlung pactiren. Schließlich aber ist das alles gleichgültig, weil es an der formellen Nichtigkeit des Beschlusses vom 27. März, durch welchen die Prüfungskommission, also gerade eines der angeblich in jenem weiten Umfange bevollmächtigten Organe abberufen wurde, natürlich nichts ändert, sondern im Gegentheil geeignet ist, diese Abberufung ohne vorherige Bekanntgebung der Thatsache, daß dieselbe Gegenstand der Verhandlung und Beschlußfassung sein soll, — noch in einem ungerechtfertigteren Lichte erscheinen zu lassen.

Auch hier wurde endlich der Generalversammlungsbeschluß aus dem weitern *materiellen* Grunde angefochten, daß die Mehrheit der Aktionäre überhaupt nicht über die Regreßansprüche disponiren könne, und zwar wurde dieser Standpunkt in ganz gleicher Weise begründet wie im Prozeß gegen den Lloyd-Transport, das Gericht muß indessen aus den nämlichen Gründen, welche die dortige Verwerfung desselben zur Folge hatten, auch hier daran festhalten, daß die Mehrheit der Generalversammlung bis nach völlig durchgeführter Liquidation und Auflösung der Gesellschaft allerdings berechtigt ist, über die

Regreßansprüche auch in einer für die Minderheit verbindlichen Weise zu disponiren.

erkannt:

Der von der Generalversammlung der Beklagten unterm 27. März d. J. zu Traktandum IV gefasste Mehrheitsbeschluß ist als ungültig aufgehoben.

Urtheil
des
schweizerischen Bundesgerichtes
vom 22. Mai 1886
in Sachen
der Firma *W. C. und J. Strutt,* Baumwollspinnerei in Belper, Derbishyre, England, Klägerin und Rekurrentin,
gegen
die Firma *Baumwollspinnerei und Zwirnerei Niederuster,* Beklagte und Rekursbeklagte,
betr. Markenrecht.

---

1. Ob die Marke eine täuschende und daher gesetzlich unzulässige Nachahmung enthalte, ist ausschließlich nach *markenrechtlichen* Grundsätzen zu beurtheilen und können daneben die Bestimmungen der Art. 50 und f. des O.-R. nur insoweit in Frage kommen, als *anderweitige,* sich nicht auf den Gebrauch der Marke beziehende, jedoch ebenfalls auf Täuschung der Käufer über die Herkunft der Waare berechnete unredliche Manipulationen behauptet werden.

2. Die Frage der täuschenden Aehnlichkeit zweier Marken ist nicht eine bloße, der Nachprüfung des Bundesgerichtes entzogene Thatfrage, sondern eine Rechtsfrage.

3. Eine unzulässige Nachahmung ist nicht vorhanden, sobald die neue Marke *ihrem Gesammtbilde nach* einen von dem älter berechtigten Zeichen wesentlich verschiedenen Eindruck im Gedächtnisse der Abnehmer des Produktes zurückzulassen geeignet ist, so daß Verwechslungen der beiden Zeichen nicht leicht möglich sind.

Thatsächliches:

A. Die in Belper (England) niedergelassene Klägerin ließ im Jahre 1880 beim eidgenössischen Markenamte in Bern eine, für die Verpackung gezwirnter Baumwoll- und Wollenfäden bestimmte, Fabrikmarke eintragen. Dieselbe (veröffentlicht in der Beilage zu Nr. 54 des Bundesblattes vom Jahre 1880 sub. Nr. 27) ist folgendermassen zusammengesetzt: In der Mitte ist eine senkrecht emporgestreckte Hand, welche einen Stab (oder eine Papierrolle?) hält, angebracht; umschlossen wird dieses Bild von einem kreisförmigen Band mit Schnalle, in welchem in der obern Hälfte die Worte Strutt of Derby stehen. Von diesem Umfassungsbande läuft eine Ausstrahlung aus, welche aus acht Zacken, die durch nach ihrer Mitte ansteigende Stabbündel gebildet werden, zusammengesetzt ist und welche eine sternartige Form hat. Unterhalb der Figur findet sich in rechteckiger Linienumfassung, groß ausgeführt, das Wort „Belper“. Die Beklagte hatte am 17. Febr. 1885 beim Markenamt eine in Nr. 100 des Handelsamtsblattes von 1885 sub. Nr. 1334 publizirte Marke angemeldet, welche eine große Aehnlichkeit mit dem beschriebenen Zeichen der Klägerin hatte; nachdem von der Klägerin rechtliche Schritte eingeleitet worden waren, ließ indeß die Beklagte diese Marke wieder löschen und am 10. Nov. dasjenige für Nähfaden in Strangen bestimmte Zeichen eintragen, welches nunmehr im Streite liegt. Dieses Zeichen wurde im Handelsamtsblatte von 1885 sub. Nr. 1477 veröffentlicht und ist folgendermassen zusammengesetzt: In der Mitte findet sich das Wappen des zürcherischen Geschlechtes Escher vom Glas, welches Wappen auf einem von drachenähnlichen Wappenthieren gehaltenen und von einer zackigen Krone überragten Wappenschild in ovaler Einfassung ein bauchiges Trinkglas mit darüber stehendem Stern zeigt. Dieses Wappenbild ist von einem kreisförmigen Bande umgeben, welches von der Inschrift: Best Sewings Niederuster ausgefüllt ist. Von der äußern Umfassungslinie dieses Bandes läuft eine zackige Ausstrahlung aus, welche sich indeß von derjenigen auf dem klägerischen Zeichen dadurch unterscheidet, daß die einzelnen Zacken durch weniger tiefe Einschnitte von einander getrennt sind, so daß deren Zahl auf 16 ansteigt und die ganze

Ausstrahlung nicht die Form eines Sternes hat, sondern kreis- oder scheibenförmige Gestalt gewinnt. Unbestrittenermassen werden beide Marken für die gleichen Produkte, und zwar namentlich für den Export nach dem Platze Odessa, gebraucht, und zwar in der Weise, daß sie auf den, aus braunem Packpapier von ähnlichem Farbenton bestehenden Umschlag von Waarenpaketen wesentlich gleicher Grösse gedruckt werden.

B. Auch diese neue, am 10. Nov. 1885 in Bern eingetragene Fabrikmarke Nr. 1477 wollte sich indeß die Klägerin nicht gefallen lassen und sie reichte deßhalb beim Handelsgericht Zürich Klage ein über die Erage, ob Beklagte nicht verpflichtet sei, dieselbe löschen zu lassen. Mit Urtheil vom 12. Feb. 1886 wurde indeß die Klage unter Kostens- und Entschädigungsfolge für die Klägerin abgewiesen. *(Siehe Nr. 6 dieser Blätter vom 1. April 1886 Seite 81 und folgd.)*

C. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Ihr Vertreter beantragt, es sei unter Vernichtung des handelsgerichtlichen Urtheils die Klage gutzuheissen unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen.

Dagegen trägt der Anwalt der Beklagten auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostens- und Entschädigungsfolge an.

Entscheidungsgründe:

1. Wenn der klägerische Anwalt sich zur Begründung der Klage neben dem eidgen. Markenschutzgesetze auch noch auf die Bestimmungen der Art. 50 u. ff. des eidg. O.-R. resp. die aus diesen Gesetzesbestimmungen abzuleitenden Grundsätze über die concurrence déloyale berufen hat, so kann auf diesen Gesichtspunkt in casu jedenfalls nichts ankommen. Es wird zwar zuzugeben sein, daß der spezialgesetzliche Zeichenschutz den Schutz, welchen das schweizerische Recht gegen unredliche Konkurrenz gewährt, nicht erschöpft; es können auch solche, Täuschungen der Käufer über die Herkunft einer Waare verursachende, Manipulationen, welche sich nicht auf den Gebrauch eines Waarenzeichens beziehen, als widerrechtlich erscheinen und zu einer Klage des geschädigten Gewerbetreibenden wegen concurrence déloyale Veranlassung geben. Allein im vorliegenden Falle wird die Klage einzig und allein darauf begründet, daß die angefochtene Marke der Beklagten dem geschützten klägerischen Waarenzeichen täuschend nachgeahmt sei; andere unredliche Manipulationen der Beklagten hat die Klägerin gar nicht behauptet; ob nun aber die angefochtene Marke der Beklagten eine täuschende und daher gesetzlich unzulässige Nachahmung des klägerischen geschützten Zeichens enthalte, ist gewiß ausschließlich nach markenrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen.

2. Vom Standpunkte des Markenrechtes aus nun handelt es sich einzig um die Frage der täuschenden Aehnlichkeit der beiden Marken. Diese Frage ist nicht, wie der Anwalt der Beklagten heute im Anschluß an eine Aeusserung der Entscheidungsgründe der Vorinstanz ausführte, eine bloße, der Nachprüfung des Bundesgerichtes entzogene Thatfrage. Denn deren Beantwortung wird von Rechtssätzen beherrscht; sie hängt in erster Linie davon ab, welche Anforderungen das Gesetz (s. Art. 6 des eidg. Markenschutzgesetzes) bezüglich der Differenzirung neugebildeter Marken von älter berechtigten Marken stellt. Allein im vorliegenden Falle ist sachlich der Entscheidung der Vorinstanz beizutreten. Dieselbe hat die zu beantwortende Frage ganz richtig und in Uebereinstimmung mit frühern Entscheidungen des Bundesgerichtes dahin formulirt, ob die angefochtene Marke der Beklagten ihrem Gesammtbilde nach geeignet sei, einen von dem älterberechtigten Zeichen der Klägerin wesentlich verschiedenen Eindruck im Gedächtnisse der Abnehmer des Produktes zurückzulassen, so daß Verwechslungen der beiden Zeichen nicht leicht möglich seien; wenn sie zur Bejahung dieser Frage und mithin zur Abweisung der Klage gelangt, so liegt ihren Erörterungen ein Rechtsirrthum nicht zu Grunde. Es ist ja richtig, daß das beklagtische Zeichen sich an einzelne Motive der klägerischen Marke anlehnt und daß die beiden Zeichen, so wie sie im Verkehre verwendet werden, die gleiche Größe besitzen. Allein die Unter

scheidungen sind so zahlreich und so in die Augen fallende, daß das Gesammtbild ein wesentlich anderes ist und Verwechslungen der beiden Zeichen bei auch nur einiger Aufmerksamkeit nicht leicht möglich sind. Das sehr ausgeprägte und eigenartige Gesammtbild des klägerischen Zeichens ist wesentlich durch die Combination des Innenbildes, der emporgestreckten, einen Stab haltenden Hand mit der zackigen, sternförmigen Ausstrahlung bedingt, wozu noch das unter der Figur stehende, stark hervortretende Wort Belper kommt. Der Abnehmer, welcher in Erinnerung an dieses charakteristische und originelle Zeichen seine Waare aussucht, wird sich bei auch nur einiger Aufmerksamkeit keine mit dem streitigen Zeichen der Beklagten versehene Waare aufdringen lassen. Allerdings tritt das in der Mitte des beklagtischen Zeichens befindliche Wappen in seinen Details nicht deutlich hervor und hat die zackige Ausstrahlung eine gewisse Aehnlichkeit mit dem entsprechenden Theile der klägerischen Marke. Allein die gesammte Form der Ausstrahlung ist doch auf beiden Seiten eine wesentlich und augenfällig verschiedene, — bei der Klägerin stern-, bei der Beklagten kreis- oder scheibenförmig, — und gerade der Umstand, daß bei dem beklagtischen Zeichen der innere Theil, das Wappen, nicht, wie bei der klägerischen Marke, hervorstechend in die Augen fällt, ist geeignet, auch in der bloßen Erinnerung der Abnehmer die beiden Zeichen entscheidend zu differenziren. Der Gebrauch der englischen Sprache in der Inschrift des beklagtischen Zeichens, worauf der klägerische Anwalt heute grosses Gewicht gelegt hat, ist gewiß weder an sich unstatthaft noch geeignet, eine Verwechslung der beiden, ihrer äußern Erscheinung nach deutlich unterscheidbaren Waarenzeichen herbeizuführen.

Schluss:

Die Weiterziehung der Klägerin wird abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 26. Feb. 1886 sein Bewenden.

Mittheilungen

aus Entscheidungen der Rekurskammer des zürcher. Obergerichtes.

I.

Beim *Tode des Miethers* können nach O. 293 die auf ein Jahr oder länger abgeschlossenen Miethen unter Innehaltung der gesetzlichen Fristen (i. d. R. 3 Monate) auf das nächste Ziel gekündigt werden. Nun haben die Erben eines Miethers, der am 20. Oktober 1884 auf 1. April 1885 gemiethet und *sechs*monatliche Kündigung je auf Ende eines Miethhalbjahres ausbedungen hatte, und der am 15. November 1885 gestorben war, am 26. Dezember auf den 1. April 1886 zu kündigen versucht. Die Aufkündung wurde aber als unstatthaft und erst auf 1. Oktober 1886 zulässig erklärt. Denn die Miethe sei nicht als „auf ein Jahr", sondern nur als je auf ein Halbjahr abgeschlossen zu betrachten, weil die Möglichkeit bestanden habe, schon vor Antritt resp. spätestens den 1. April 1885 auf ein Halbjahr zu kündigen. — Allerdings ergebe sich so für *Halbjahrmiethen mit sechsmonatlicher Kündigungsfrist* die Sonderbarkeit, daß dieselben beim Tode des Miethers weniger rasch aufgehoben werden können als Miethen auf Jahresfrist oder länger. Die Fortdauer der erstgenannten Miethen betrage nämlich im Minimum noch 6 Monate und im Maximum 12 Monate weniger ein Tag, der letzteren dagegen im Minimum 3 Monate und im Maximum 6 Monate weniger ein Tag. (10. II.)

II.

Es wird nicht eine *Solidarschuld* im Sinne von O. 162, sondern eine „Gesammtschuld" im Sinne von § 935 lit. b resp. § 822 des Zürch. Pr.-R. begründet, wenn mehrere Miteigenthümer eines Grundstückes für eine gemeinsame und nicht schon an und für sich solidare Schuld (z. B. den Kaufpreis) einen Schuldbrief darauf errichten. Wie nämlich die Bestimmung des § 935 b. resp. 936 des priv. G.-B. unzweifelhaft noch gilt für die Obligationen aus Erbrecht (vgl. § 2014), so gilt sie auch noch für unser Hypothekarrecht. Der bezügliche Abschnitt des Gesetzbuches sagt allerdings nichts über die Art

der Haftbarkeit *mehrerer Hypothekarschuldner* ausser in § 822, der die „Einzinser" als „Gesammtschuldner" erklärt. Aber auch für diesen Abschnitt wurden die allgemeinen im vierten Buche (betreffend „Forderungen und Schulden") enthaltenen Bestimmungen betreffend die Gesammtschuld als selbstverständlich ebenfalls gültig betrachtet. Und diese Gültigkeit besteht jetzt noch, wie immer es sich im übrigen verhalte mit der Anwendbarkeit der kantonalen *allgemein-obligationenrechtlichen* Bestimmungen (statt derjenigen des eidgen. Codex) auf die dem kantonalen Rechte vorbehaltenen Vertragsverhältniße. (31. III.)

III.

Der *Pächter* eines landwirthschaftlichen Gutes hatte einer dramatischen Gesellschaft zur dreimaligen Aufführung eines Volksschauspieles eine Wiese vermiethet. Der Verpächter, der die Entschädigung für die Platzmiethe gerne für sich gehabt hätte, wollte die erwähnte Benutzung der Wiese verbieten lassen. Der Bescheid lautete aber dahin: Nach O. 306 dürfe der Pächter die Wiese als „einzelnen zum Pachtgegenstand gehörenden Raum" ohne Bewilligung des Verpächters zu dem betreffenden Zwecke um so eher vermiethen, als von einer Schädigung des Pachtgutes ja gar nicht die Rede sein könne. (5. IV.)

IV.

Hinsichtlich der Berechnung der *Verjährung* von Forderungen, die unter der Herrschaft des Konkursgesetzes von 1871 im Konkurse des Schuldners angemeldet worden, wurde die schon im IV. Bande dieses Blattes, S. 111, mitgetheilte Gesetzesauslegung neuerdings bestätigt, wonach in Folge der Abschaffung der Verrechtfertigung oder Fallitерklärung durch genanntes Gesetz der neue Lauf der Verjährung von der Konkurserledigung an zu berechnen ist. — Im übrigen kam in Frage, ob der § 1070 lit. d des Zürch. Pr.-R. auch Bezug gehabt habe auf *ausserhalb* des Kantons *stattgehabte Konkurse*, ob also in concreto der anno 1864 in Obwalden erledigte Konkurs, da eine Rehabilitation nie erfolgt, den Lauf der Verjährung gehindert habe bis zum Inkrafttreten des eidgen. O.-R. Die Frage wurde in verneinendem Sinne beantwortet (vgl. übrigens Ullmers Comm. Nr. 31, wonach die Verjährungsfrage überhaupt nach dem Recht von Obwalden, wo die Forderung ex delicto entstanden war, zu entscheiden gewesen), und beigefügt: Wenn auf den auswärtigen Konkurs etwas ankäme, so hätte der seit 1865 im Kanton Zürich wohnhafte Schuldner in gleicher Weise wie alle frühern Falliten nach Ziff. 3 der Uebergangsbestimmungen zur Kantonsverfassung von 1869 spätestens nach Verfluß des 10. Jahres seit dem Verluste der bürgerlichen und politischen Rechte ohne weiteres die Rehabilitation erlangt, also hätte die Verjährung mit dem Jahr 1874 wieder zu laufen begonnen. (29. IV.)

V.

Die *Vollziehung eines französischen Civilurtheils* (Kontumazialurtheil des Handelsgerichtes von Marseille) wurde durch Abweisung des bezüglichen Rechtsöffnungsgesuches verweigert, weil dem im Kanton Zürich wohnhaften Beklagten keine Vorladungen zugekommen, die Vorladungen einfach der Staatsanwaltschaft in Paris übergeben und von dieser, wie es scheint, nicht weiter spedirt worden waren. Zwar soll nach dem Vorbringen des klägerischen Anwaltes die Praxis der französischen Gerichte dahin gehen, daß Vorladungen und Insinuationen überhaupt für im *Auslande* wohnende Personen immer im Parquet der Staatsanwaltschaft abgegeben werden, und daß darin der genügende Beweis für die stattgefundene Zustellung erblickt werde d. h. daß es für das weitere Verfahren vor dem betreffenden Gerichte gar nicht darauf ankomme, ob die Staatsanwaltschaft resp. die diplomatischen Organe die Zustellung wirklich vollzogen haben oder nicht. Auf eine solche Praxis, die seltsam genug wäre, könnte aber nichts ankommen Angesichts von Art. 20 des *französ.-schweizerischen Staatsvertrages* von 1869 über Urtheilsvollziehung etc., wonach die französischen Gerichte ganz gleich wie die hiesigen den Beweis für die Zustellung von Vorladungen u. s. w. durch Empfangscheine der betreffenden Personen zu leisten haben. (26. V.)

VI.

Zur erfolgreichen *Bestreitung eines Retentionsrechtes* im summarischen Verfahren ist sofortiger rechtsgenügender Beweis für die Einsprachegründe erforderlich. Bloße Beweisanerbieten, z. B. Berufung auf Zeugen dafür, daß der vom Retinenten geforderte Miethzins ganz oder theilweise bezahlt sei, oder dafür, daß der Retinent die zurückbehaltenen Objekte von Anfang an als Eigenthum Dritter gekannt habe, können nicht gehört werden; vielmehr ist der Einsprecher ins ordentliche Verfahren zu verweisen. (12. VI.)

VII.

Der *Untergang des Retentionsrechtes* des Vermiethers (resp. Hauseigenthümers) tritt mit dem Momente ein, da derselbe Eigenthum und Besitz an dem bisher ihm gehörigen Hause auf einen neuen Erwerber überträgt, sofern nicht die Retention gegenüber dem betreffenden Miether bis dahin thatsächlich ausgeübt worden, also für den Retinenten ein dingliches Recht an den zurückbehaltenen Sachen entstanden ist. Vgl. die gegentheilige Entscheidung des Appell.-Ger. Basel, Revue III, Nr. 156. (12. VI.)

VIII.

Für die *Weiterziehung ans Bundesgericht* ist entgegen dem § 226 des zürcher. Rechtspflegegesetzes die Zusammenrechnung mehrerer streitiger Ansprüche nur für den Fall der eigentlichen Streitgenossenschaft, nicht aber für den Eall der subjektiven oder objektiven Klagenhäufung zulässig. Die Rekurskammer hatte in einem Fall, da zwei Kläger aus ein und derselben kulposen Handlung des Beklagten Schadenersatzforderungen von zusammen mehr als 3000 Fr. in *einem* Prozeß geltend gemacht, die auf Grund des Urtheiles der Appellationskammer erhobene Schuldbetreibung eingestellt, weil über die Zulässigkeit der Weiterziehung an's Bundesgericht, die vom Beklagten erklärt worden war und die nicht als offenbar unzulässig erschien, vom Bundesgericht selbst zu entscheiden sei (vgl. Bd. IV d. Bl., S. 238 Ziff. 5). — Nach dem Entscheide des Bundesgerichtes, daß die vom Beklagten erklärte Berufung unstatthaft sei, stellten die Kläger resp. Ansprecher bei der Rekurskammer unter Erneuerung ihres Rechtsöffnungsgesuches den Antrag auf *Revision* des frühern, die Rechtsöffnung verweigernden Beschlusses im Sinne von § 723 des Rechtspflegegesetzes. Diesem Antrag wurde entsprochen und Wiederaufnahme der Betreibung angeordnet. (22. VI.)

Ein eigenthümlicher Fall der „Vertragsschliessung durch Stellvertretung".

In Benken (Bezirk Andelfingen) besteht schon seit vielen Jahren eine Käsereigesellschaft mit dem Zweck: „um in der Gemeinde aus der Kuhmilch den größtmöglichsten Nutzen zu ziehen". Aus den Statuten derselben sind folgende Bestimmungen hervorzuheben:

§ 4. Die Gesellschaft besteht aus sämmtlichen zur Gründung der Käserei sich unterschreibenden Milchlieferanten.

§ 9. Die Lieferanten haben alle von ihren Kühen gewonnene Milch mit Ausnahme derjenigen für den Hausgebrauch frisch nach dem Melken in reinlich gehaltenen Geschirren zu der von der Commission und dem Käser festgesetzten Zeit in die Käshütte abzuliefern.

§ 12. Wer saure oder verdorbene Milch liefert, ist dem Käser für den Schaden haftbar und verfällt in eine Buße bis auf 20 Fr.

§ 13. Ist Milchfälschung nachgewiesen, so hat der Lieferant dem Käser vorerst Schadenersatz zu leisten und wird sodann von der Commission noch in eine Buße von 20—25 Fr. zu Gunsten des Gesellschaftsfonds verfällt.

Alljährlich schloß die Gesellschaft mit einem Senn einen Milchverkaufsvertrag ab. Dieß geschah auch am 27. März 1885. Die bezügliche Vertragsurkunde, unterzeichnet einerseits: „Namens der Sennereigesellschaft" vom Präsidenten und Aktuar derselben und anderseits vom Milchkäufer Senn Pfister, lautet im Eingang dahin: „Auf Grundlage der bestehenden Statuten hiesiger Sennereigesellschaft verkauft dieselbe an Herrn R. Pfister, Senn, die von ihren sämmtlichen Kühen gewonnene Milch vom 1. Mai 1885

bis 30. April 1886 unter folgenden Bedingungen:" Von diesen Bedingungen sind zu nennen:

1) Die Zahlung geschieht in 2 halbjährlichen Terminen und zwar mit 1. November 1885 und 1. Mai 1886.

Der Senn ist verpflichtet, *an Milchlieferanten* Baarvorschüsse auf Verlangen bis auf den vollen Betrag für die gelieferte Milch zu verabreichen, ist aber nicht berechtigt, ihnen mehr als ihr Milchguthaben auszubezahlen.

3) Die Gesellschaft übergibt dem Senn die Käserei nebst Wohnung und die zur Käsefabrikation erforderlichen Geräthe.

5) Die Gesellschaftsmitglieder und Milchlieferanten verpflichten sich zur Lieferung gesunder, zur Käsefabrikation tauglicher Milch.

Als gegen Ende des letzten Jahres ausgerechnet wurde, wie viel der Senn für die vom Mai bis Martini 1885 bezogene Milch noch schulde, machte dieser eine Gegenforderung von 1800 Fr. geltend, indem er behauptete, es sei ihm theilweise kranke und sonst fehlerhafte Milch geliefert worden, in Folge dessen haben sich die Käse gebläht und sei er um dieses Umstandes willen genöthigt worden, solche weit unter dem Marktpreis loszuschlagen, wodurch er einen Schaden im genannten Betrage erlitten habe, für den ihm die Gesellschaft aufkommen müsse. Die Commission, das Verwaltungsorgan der Letztern, war nach vorangegangener Untersuchung der Verhältnisse geneigt, den Anspruch des Sennen anzuerkennen, allein die Milchlieferanten weigerten sich entschieden, einen Abzug an den ihnen für gelieferte Milch zukommenden Guthaben anzuerkennen und da der Senn unter diesen Umständen einfach nicht auszahlte, belangten ihn Jene auf Bezahlung der ihnen für gelieferte Milch zukommenden Beträge, indem sie in ein und demselben Prozesse als Streitgenossen klagend auftraten (sogenannte subjektive Klagenhäufung). Der Beklagte bestritt den Klägern die Aktivlegitimation, weil sie ihre Ansprüche aus dem Milchverkaufsvertrag vom 27. März ableiten, dieser aber überall nicht mit ihnen, sondern mit der Käsereigesellschaft als selbstständiger juristischer Person abgeschlossen worden, folglich auch nur diese aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet sei und somit allein aus demselben klagen könne. Er betonte, daß dieser Standpunkt es allein ihm möglich mache, seine gerechte Schadenersatzforderung mit Erfolg zur Geltung zu bringen, weil dieselbe von der Vorsteherschaft der Gesellschaft anerkannt werde, resp. der Letztern gegenüber nachweisbar sei, währenddem er keinem der einzelnen Lieferanten mehr nachweisen könne, daß gerade er kranke oder sonst schlechte Milch geliefert habe. *Von beiden Instanzen wurde jedoch der Beklagte zur Zahlung der eingeklagten Guthaben verurtheilt und zwar zweitinstanzlich*

aus folgenden Gründen:

1. Die erste Instanz hat der Sennereigesellschaft Benken das Recht der Persönlichkeit aus dem Grunde abgesprochen, weil sie nicht in das Handelsregister eingetragen sei. Nun handelt es sich aber um eine vor Inkrafttreten des Schw. O.-R. in's Leben getretene Gesellschaft und es ist die Frage, inwiefern das unter der Herrschaft des frühern Rechtes erworbene Recht auf Persönlichkeit in Folge der Nichteintragung verloren gegangen sei, noch eine offene (vergleiche Hafner Comentar zu Art. 894) und deren Erörterung für den Entscheid des vorliegenden Prozesses nicht nothwendig.

Die Einrede der mangelnden Legitimation zur Klage ist zu verwerfen. Wenn auch die Redaktion des Milchkaufvertrages zu wünschen übrig läßt, so kann doch ein begründeter Zweifel nicht bestehen, daß die Sennereigesellschaft beziehungsweise deren Organe lediglich Namens der durch sie vertretenen Milchlieferanten contrahirt hat, daß somit einzig Letztere aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet sind. (Art. 36 des O.-R.) Es ist dießfalls insbesondere zu verweisen auf Art. 1 Absatz 2 des Vertrages: „Der Senn ist verpflichtet, *an Milchlieferanten*..." und Art. 5: „Die Gesellschaftsmitglieder und Milchlieferanten verpflichten sich...." Der Beklagte kann sich auch deßhalb nicht mit Erfolg darauf berufen, daß er im Glauben gewesen sei, es kontrahire die Gesellschaft, weil er aus den Umständen auf das Vertretungs-

verhältniß schliessen mußte. (Art. 36 des Schw. O.-R.)

Die Milch wurde verkauft „auf Grund der bestehenden Statuten" und aus diesen war wiederum zu ersehen, daß die Gesellschaft nur als Stellvertreterin der Milchlieferanten handle, indem sie nicht etwa die Milch von denselben ankaufe und an den Senn weiter verkaufe, sondern daß als Contrahenten die einzelnen Lieferanten einer- und der Käser anderseits gedacht sind. Vergleiche insbesondere Art. 12 und 15 der Statuten. (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 4. März 86.)

Ungültigkeit der durch Mandatsvertrag übernommenen Verpflichtung, in eine Lotterie zu setzen wegen Unsittlichkeit der Leistung.

(Art. 17 des O.-R.)

Eine Wittwe Holliger, welche hie und da mit dem Lotterieagenten Hirsch in Hohenems zu verkehren scheint, erhielt im Dezember v. J. von einer Bekannten, der Wittwe Bödeker, den Auftrag, für sie 400 Fr. in die östreichische Lotterie zu setzen. Sie übermittelte denselben gleichzeitig mit einem eigenen Auftrag an Hirsch, der betreffende Brief langte jedoch verspätet in Hohenems an und konnten deßhalb die beiden Aufträge vom Agenten Hirsch nicht vollzogen werden. Die Nummer, auf welche hätte gesetzt werden sollen, gewann und es betrug der Gewinn, welcher der Wittwe Bödeker, falls ihr Auftrag rechtzeitig angekommen wäre, zugekommen sein würde, 2400 Fr. Nicht zufrieden mit der Rückerstattung der Einlage von 400 Fr., belangte sie deßhalb ihre Mandatarin Frau Holliger auf Bezahlung der 2400 Fr. als Betrag des ihr durch nachlässige Mandatserfüllung zugefügten Schadens, wurde aber abgewiesen.

Gründe:

1. Die von der Beklagten gegenüber der Klägerin in Folge eines Mandatsvertrags eingegangene Verpflichtung, die von ihr erhaltenen 400 Fr. in die östreichische Lotterie zu setzen war ungültig; denn nach Art. 17 des schweiz. Obl.-R. kann eine widerrechtliche oder unsittliche Leistung nicht Gegenstand eines Vertrags sein und zu den unsittlichen Leistungen muß nach unserer Gesetzgebung auch das Setzen in eine fremde, nicht bewilligte Lotterie gezählt werden. Art. 516 des schweiz. O.-R., welcher bestimmt, daß auch für auswärts gestattete Lotterien oder Ausspielverträge in der Schweiz kein Rechtsschutz gewährt werde, wenn nicht die zuständige schweiz. Behörde den Vertrieb der Loose bewilligt habe, kann nämlich nur auf dieser Auffassung beruhen und es ist dieselbe zudem schon längst diejenige des zürcher. Rechts und hat hier zu dem auch jetzt noch gültigen Verbot des Kollektirens für fremde Lotterien geführt (siehe Gesetzessammlung Band X, pag. 34, § 12). Wenn aber die Beklagte zur Ausführung des ihr gegebenen Auftrags, in die östreichische Lotterie zu setzen, rechtlich nicht verpflichtet war, so war die Klägerin nicht bloß nicht berechtigt, Erfüllung dieser Verpflichtung zu verlangen, sondern sie darf auch keine Schadenersatzforderung geltend machen wegen Nichterfüllung oder ungehöriger Erfüllung. Darauf folgt die prinzipelle Verwerfung der hierauf gerichteten Klage.

2. Ob die Beklagte, wenn sie den erhaltenen Auftrag erfüllt und den Lotteriegewinnst von 2400 Fr. erhalten hätte, denselben der Klägerin herausgeben müßte, ist natürlich eine ganz andere Frage, braucht aber hier ebenso wenig erörtert zu werden als die eventuelle durch Anerkennung und Bezahlung der Streitfrage, ob sie ihr nicht wenigstens die erhaltenen 400 Fr. zurückzuerstatten habe. (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 5. Juli 1886.)

Bibliograqhie.

Uebersicht der Englischen Rechtspflege, vom praktischen und kaufmännischen Standpunkte aus, herausgegeben von Adolphus Selim, Rechtsanwalt bei dem hohen Gerichtshof von England, Leipzig K. F. Koehler, Wien, Manz'sche K. K. Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung und London, A. Siegle, 30, Lime Street E C. 1886.

Dieses Buch erscheint in II. Ausgabe; die erste ist schon anno 1880, jedoch nur in französischer Sprache erschienen, währenddem die vorliegende nun auch in deutscher Sprache herausgegeben wird. Der Verfasser sagt in seiner Vorrede, das Buch sei insbesondere für den Gebrauch von Geschäftsleuten und Rechtsgelehrten des *Auslandes* bestimmt und wir fügen hinzu, daß dasselbe unzweifelhaft ein längst empfundenes Bedürfniß dieser Personen befriedigt. Angesichts des Umstandes, daß der größte Theil des englischen Rechts ungeschriebenes, bloß durch seine Anwendung seit undenklichen Zeiten sanktionirtes Recht ist, war es bis jetzt nicht nur dem ausländischen Kaufmann, sondern auch dem Juristen beinahe unmöglich, sich im gegebenen Fall ein Urtheil darüber zu bilden, ob ein Anspruch nach englischem Recht verfolgbar sei oder nicht. Diesem Zustand dürfte das vorliegende Buch bezüglich der von ihm behandelten Materien abhelfen, denn da der Verfasser Rechtsanwalt beim höchsten Gerichtshofe in England ist, bietet dasselbe volle Gewähr für eine richtige Darstellung der namentlich durch die englische Rechtssprechung auf den verschiedenen Rechtsgebieten festgestellten Grundsätze über Contracte, Cautionen und Garantien, die für den Kaufmann so wichtigen Kapitel über kaufmännische Agenturen, Spediteure, Verkäufe und Garantien in Verkaufsangelegenheiten, gewöhnliche und Aktiengesellschaften, Seeversicherungen etc.

Von den codificirten Materien sind sodann hervorzuheben das Wechselgesetz vom Iahr 1882, das Gesetz über das Eigenthumsrecht verheiratheter Frauen vom gleichen Iahr, das Konkursgesetz vom Iahr 1883 und das im nämlichen Iahr erlassene Gesetz über Patente Dessin und Fabrikzeichen, von denen der Verfasser mit Recht sagt, daß sie von *besonderem* Interesse und von größter Wichtigkeit für die kaufmännische Welt seien.

Der Anwalt, der seinem Clienten Rath ertheilen soll, ob ein streitiger Anspruch in England geltend gemacht werden könne, oder nicht und der, wenn er in hierorts geführten Prozessen die Anwendung des englischen Rechtes geltend machen will, in der Lage sein muß, den Inhalt desselben anzugeben, wird dieses Buch nicht entbehren können, der Richter, der in den Fall kommt, englisches Recht anwenden zu müssen, wird froh sein, in demselben die leitenden Grundsätze zu finden, und der Kaufmann, der mit englischen Firmen verkehrt, findet in dem Werke einen Rathgeber sowohl über die Art und Weise, wie er bei Vertragsabschlüssen vorzugehen, als darüber, was er zu thun hat, wenn sich geschäftliche Differenzen ergeben, sein Schuldner zahlungsunfähig wird etc.

Wir können somit das Werk dem Anwalt, dem Richter und dem Kaufmann gleich warm empfehlen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. August 1886. V. Band. № 15.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & comp. in Zürich.

Entscheid

des

Schweizerischen Bundesgerichtes

vom 11. Juni 1886

in Sachen

des *Carl Pfluger-Berger* in Solothurn, Rekurrenten,

betr. Urtheilsvollstreckung.

(Art. 61 und 59 der Bundesverfassung.)

Thatsächliches:

A. Anna Elise Walder in Zürich war Eigenthümerin gewisser Fahrhabegegenstände, welche sie der Wittwe Margaretha Enderli, an die sie Forderungsansprüche aus Miethe und Bürgschaft besaß, abgekauft, aber miethweise wieder überlassen hatte. Wittwe Enderli verbrachte diese Fahrhabegegenstände am 28./29. Dezember 1882 in Räumlichkeiten, welche sie in Solothurn von dem gegenwärtigen Rekurrenten C. Pfluger-Berger gemiethet hatte. Am 9. Januar 1883 übertrug Rechtsagent Heß-Pfenninger in Zürich Namens der Elise Walder dem Fürsprecher W. Fürholz in Solothurn die Wahrung der Interessen seiner Clientin gegenüber der Wittwe Enderli und ersuchte ihn, dem Vermiether Pfluger davon Kenntniß zu geben, welche der im Besitze der Wittwe Enderli befindlichen Gegenstände nicht dieser, sondern der Walder gehören. Fürsprecher Fürholz erfüllte diesen Auftrag am 10. oder 11. Januar 1883. Am 4. August 1883 wurde in Solothurn der Geltstag über die Wittwe Enderli eröffnet. In das Verzeichniß der beweglichen Aktiven wurden auch die Fahrhabegegenstände der Elise Walder aufgenommen. Fürsprecher Fürholz zeigte jedoch in Folge Auftrages des Rechtsagenten Heß-Pfenninger der Amtsschreiberei an, daß die Elise Walder dieselben als ihr Eigenthum vindicire und gegen einen Verkauf protestire. In Folge dessen unterblieb der Verkauf und der Vermiether Pfluger brachte die Gegenstände bis zum 20. Febr. 1884 in den Miethsräumen, von da an in einem andern, ihm gehörenden Hause unter. Pfluger-Berger machte nun für seine, im Konkurse der Wittwe Enderli ausgefallene, restanzliche Miethzinsforderung ein Retentionsrecht an den der Elise Walder gehörenden Gegenständen geltend; am 4. November 1884 erhob er beim Amtsgericht Solothurn-Lebern gegen die Elise Walder Klage, indem er beantragte, dieselbe sei pflichtig, zu erklären: *a* anzuerkennen, daß ihm ein Retentionsrecht an den in der Klageschrift speziell aufgeführten Gegenständen zustehe für seine Restanzforderung von 302 Fr. 95 Rp. nebst

Zins à 5 % seit 4. August 1883 und *b ihm seit 4. August 1883 bis zum Entscheide des Prozesses einen Miethzins von 100 Fr. per Jahr zu bezahlen.* Letztere Forderung begründete er damit: In Folge der Eigenthumsansprüche der Beklagten sei er gezwungen gewesen, das fragliche Mobiliar von der Verpflegung des Geltstages über die Wittwe Enderli d. d. 4. August 1883 hinweg gehörig aufzubewahren. Er fordere daher einen Miethzins von 100 Fr. per Jahr, was billig sei. Namens der Beklagten ließ sich Fürsprecher W. Fürholz vor dem Gerichte Solothurn-Lebern auf diese Klage ein, ohne die Competenz des Gerichtes zu bestreiten. Durch (formell in Rechtskraft erwachsenes) Urtheil vom 29. Juni 1885 hieß das Amtsgericht Solothurn-Lebern die Klage ihrem ganzen Umfange nach gut und verurtheilte die Beklagte zu einer Prozeßentschädigung von 111 Fr. In der Begründung der Entscheidung bezüglich der sogenannten Miethzinsforderung ist bemerkt: Der Kläger sei, da in Folge der Eigenthumsansprüche der Beklagten die fragliche Fahrhabe nicht habe versteigert werden können, genöthigt gewesen, um sich den Bestand seines angesprochenen Rechtes zu sichern, die Gegenstände in seinem Eigenthum zu verwahren und es sei ihm, da er über das Logis, worin fragliche Gegenstände verwahrt waren, nicht anderweitig habe verfügen können, Schaden erwachsen, wofür ihm die Beklagte ersatzpflichtig sei.

B. Gestützt auf dieses Urtheil betrieb der Rekurrent die Elise Walder an ihrem Wohnort in Zürich auf Bezahlung von 190 Fr. 13 Rp. sogenannten Miethzins und Fr. 111 Prozeßkostenersatz. Die Beklagte erhob jedoch Rechtsvorschlag und der Rekurrent wurde im summarischen Verfahren mit seiner Forderung abgewiesen, weil die Vollstreckbarkeit des solothurnischen Urtheils vom 29. Juni 1885 nicht liquide nachgewiesen sei. Daraufhin klagte Rekurrent im ordentlichen Prozesse auf Bezahlung von 294 Fr. 30 Rp. sammt Zins à 5 % seit dem 29. Juni 1885 und 28 Fr. sammt Zins à 5 % seit 1. November 1885 als Kosten des Rechtstriebsverfahrens. Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens erhöhte der Rekurrent seine Hauptforderung auf 301 Fr. 30, beschränkte dagegen die Forderung für Kosten des Rechtstriebsverfahrens auf 18 Fr. Das Bezirksgericht Zürich hieß die Klage principiell gut und setzte die Hauptforderung des Klägers auf 294 Fr. 30 sammt Zins à 5 % seit 29. Juni 1885, die Kostenforderung für das Rechtstriebsverfahren auf 18 Fr. sammt Zins à 5 % seit 1. November 1885 fest. Dagegen wies die zweite Instanz, die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, durch Entscheidung vom 20. März 1886 *(abgedruckt in Nro. 7 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang pag. 100 und folgende)* die Klage ab und zwar aus folgenden Gründen: Die Klage werde ausschließlich auf das Urtheil des Amtsgerichtes Solothurn-Lebern vom 29. Juni 1885 gestützt, ihr Schicksal hänge also davon ab, ob dieses Urtheil vollstreckbar sei. Dieß sei zu verneinen, weil das solothurnische Gericht nach Art. 59, Abs. 1 der Bundesverfassung nicht zuständig gewesen sei; die Zins- oder Schadensersatzansprache des Klägers, um welche es sich hier einzig handle, beruhe auf einem rein obligatorischen Titel (anscheinend werde sie auf Geschäftsführung ohne Auftrag oder auf Civildelict gestützt) und qualificire sich daher als persönliche Ansprache im Sinne des Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung. Dieselbe sei nicht ein bloßer aus dem klägerischen Retentionsrechte (zu dessen Beurtheilung der solothurnische Richter allerdings competent gewesen sei) entsprungener Zusatzanspruch, sondern eine durchaus selbständige Forderung, zu deren Begründung es eines durchaus selbständigen, mit dem Thatbestande des Retentionsrechtes keineswegs zusammenfallenden thatsächlichen und rechtlichen Fundaments bedürfe, welches näher darzulegen freilich weder der Kläger, noch das solothurnische Gericht sich veranlaßt gesehen habe. Ein Verzicht auf den verfassungsmässigen Gerichtsstand des Wohnortes seitens der Beklagten Elise Walder liege nicht vor, denn es sei nicht nachgewiesen, daß Advocat Fürholz, der allerdings

vorbehaltslos zur Hauptsache verhandelt habe, von der Beklagten bevollmächtigt worden sei, sie in der den klägerischen sog. Miethzins- oder Entschädigungsanspruch betreffenden Sache zu vertreten. Gewiß sei zwar, daß Advocat Fürholz von Rechtsagent Heß-Pfenninger Auftrag zur Beantwortung der Klage betreffend den Retentionsanspruch empfangen habe, allein schon die weitere Thatsache, daß letzterer bevollmächtigt gewesen sei, jenem diese Prozeßführung zu übertragen, überhaupt dieses Retentionsrechtes wegen einen Prozeß in Solothurn führen zu lassen, sei den Akten keineswegs mit genügender Sicherheit zu entnehmen. Jedenfalls aber mangle es für die hier einzig entscheidende Thatsache, nämlich dafür an allen Beweisen, daß Fürholz Vollmacht gehabt habe, die Beklagte bezüglich des in Frage kommenden Zins- resp. Entschädigungsanspruches vor dem Amtsgerichte zu vertreten.

C. Gegen diese Entscheidung ergriff Pfluger-Berger den staatsrechtlichen Rekurs ans Bundesgericht. Er beantragt:

a) das betreffende Urtheil des Amtsgerichtes Solothurn-Lebern als ein rechtskräftiges im Sinne des Art. 61 der Bundesverfassung und im Kanton Zürich zu vollstreckendes zu erklären;

b) das Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 20. März 1886 aufzuheben und die auf Vollstreckung des solothurnischen Urtheils gerichtete Klage unter Kostens- und Entschädigungsfolge im ganzen Umfange gutzuheißen.

Diese Anträge werden auf folgende Gesichtspunkte begründet: Art. 61 der Bundesverfassung schreibe vor, daß rechtskräftige kantonale Civilurtheile in der ganzen Schweiz vollstreckt werden müssen. Das fragliche Urtheil des solothurnischen Amtsgerichtes sei ein endgültiges, es sei aber auch vom kompetenten Richter erlassen worden. Der sogenannte Miethzins- oder Schadenersatzanspruch des Rekurrenten sei allerdings ein persönlicher Anspruch; allein die bundesrechtliche Praxis habe den Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung stets nur auf *selbständige* persönliche Forderungen angewendet, nicht auf bloße Neben- oder Zusatzansprüche. Der fragliche klägerische Anspruch sei nun keine selbstständige Forderung, sondern eine mit dem Retentionsanspruche im Conexe stehende Zusatzforderung, er stehe und falle mit dem Retentionsanspruche, denn er betreffe ja die Aufbewahrungskosten, welche in Folge der Negation des klägerischen Retentionsrechtes durch die Beklagte haben aufgewendet werden müssen. Ganz unzweifelhaft wäre nach der bundesrechtlichen Praxis die Competenz des solothurnischen Richters dann begründet gewesen, wenn die Parteirollen umgekehrt gewesen wären, d. h. wenn die Jgfr. Walder in Solothurn klagend (mit einer Vindicationsklage) aufgetreten wäre und alsdann der Rekurrent widerklagsweise seinen Anspruch für Aufbewahrungskosten neben dem Retentionsrechte geltend gemacht hätte. Dieß wäre auch das Natürlichere gewesen. Daß nun in Folge des Zögerns der Rekursbeklagten der Rekurrent die Klägerrolle habe übernehmen müssen, ändere gewiß an der Competenz des solothurnischen Richters nichts. Was die zweite Hauptfrage anbelange, ob Fürsprech Fürholz zu Vertretung der Beklagten befugt gewesen sei, so sei dieselbe ebenfalls zu bejahen. Nach dem Gesagten genüge es hiefür vollständig, daß Fürholz bevollmächtigt gewesen sei, die Vindication der der Rekursbeklagten gehörigen Gegenstände im Wege der Klage oder Einrede durchzuführen. Nun sei gar nicht zu bezweifeln, daß er vom Sachverwalter der Rekursbeklagten, dem Rechtsagenten Heß-Pfenninger hiemit wirklich beauftragt worden sei. Auch Heß-Pfenninger sei von der Rekursbeklagten, welche ja selbst habe vortragen lassen, daß Heß-Pfenninger Auftrag zur Beibringung der Gegenstände erhalten habe, bevollmächtigt gewesen. Jedenfalls, wenn darüber noch ein Zweifel obwalten könnte, hätte die Rekursbeklagte den Beweis zu erbringen gehabt, daß Fürsprecher Fürholz ein Mandat nicht besessen habe, denn nach § 55 der solothurnischen C.-P.-O. spreche für die Vollmacht eines beeidigten Fürsprechers, welcher für eine Partei auftrete, eine Rechtsvermuthung. Demnach müsse das in Frage stehende Ur-

theil des solothurnischen Gerichtes gemäß Art. 61 der Bundesverfassung im Kanton Zürich vollstreckt werden.

D. In ihrer Vernehmlassung auf diese Beschwerde macht die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich im Wesentlichen geltend: Der Rekurrent versuche in seiner Rekursschrift seinen streitigen Anspruch auf eine ganz neue Basis zu stellen. Vor dem solothurnischen Gerichte habe er eine Miethzinsforderung eingeklagt, und das Gericht habe den Anspruch als Schadenersatzanspruch gutgeheissen. Von beidem wolle der Rekurrent nun nichts mehr wissen, sondern behaupte, es handle sich um einen Ersatzanspruch für Aufbewahrungskosten der Retentionsobjekte. Eine solche Aenderung der rechtlichen Begründung sei aber kaum zulässig. Uebrigens sei auch ganz klar, daß von Aufbewahrungskosten oder nothwendigen Verwendungen auf die Retentionsgegenstände nicht die Rede sein könne. Der Rekurrent habe gar keine effektiven Auslagen für Aufbewahrung der Retentionsobjekte gehabt, sondern dieselben einfach in fortgesetzter Ausübung des Retentionsrechtes im Besitze behalten. Eine negot. gestio liege nicht vor, da der Rekurrent die Sachen nicht im Interesse des Eigenthümers und für denselben, sondern um sein Retentionsrecht nicht zu verlieren, aufbewahrt habe. Dafür könnte er einen Ersatzanspruch überall nur aus dem Titel des Delictes geltend machen und unter diesem Gesichtspunkte sei denn auch der Anspruch, wenn auch kaum mit Recht, gutgeheissen worden. Daraus folge aber von selbst, daß die fragliche Forderung eine durchaus selbstständige sei. Wie sich die Sache verhielte, wenn die Rekursbeklagte in Solothurn als Klägerin aufgetreten wäre und der Rekurrent eine Widerklage aufgestellt hätte, sei nicht zu untersuchen, da dieser Fall nicht vorliege und deßhalb auch der Grund, aus welchem die bundesrechtliche Praxis gewisse Widerklagen zulasse, — nämlich daß diese im Grunde genommen sich lediglich als Vertheidigung gegen die Hauptklagen darstellen, — wegfalle.

E. Die Rekursbeklagte Elise Walder trägt auf Abweisung der Beschwerde an, indem sie in erster Linie ebenfalls ausführt, daß der sogenannte Miethzins- oder Schadenersatzanspruch des Rekurrenten eine durchaus selbstständige Forderung und keineswegs eine Nebenforderung sei; das Retentionsrecht sei für denselben wohl praejudiciell, allein eine direkte Folge des Retentionsrechtes sei er nicht, wie sich schon daraus deutlich ergebe, daß, wenn das Retentionsrecht nicht im Konkurse der Schuldnerin, sondern dieser gegenüber geltend gemacht worden wäre, der Rekurrent einen derartigen Anspruch an die Vindicantin nie hätte stellen können. Selbst wenn übrigens das solothurnische Gericht competent gewesen wäre, so müßte der Rekurs dennoch abgewiesen werden. Denn das Apellationsgericht stelle fest, daß die Rekursbeklagte zur Prozeßführung niemals Vollmacht ertheilt habe, am wenigsten zur Prozeßführung über den sog. Miethzinsanspruch. Hiebei handle es sich nicht um eine Frage der Verfassungsverletzung und es sei also das Bundesgericht an die Feststellung des kantonalen Gerichtes gebunden. Der Prozeß wäre also jedenfalls nicht in richtiger Form durchgeführt worden.

Entscheidungsgründe:

1. In erster Linie ist zu untersuchen, ob das solothurnische Gericht zu Beurtheilung des in Frage stehenden Anspruches des Rekurrenten verfassungsmässig competent war. Die Entscheidung darüber hängt davon ab, ob die sogenannte Miethzinsforderung des Rekurrenten als eine selbstständige Forderung erscheint oder ob dieselbe lediglich als eine mit dem Retentionsanspruche des Rekurrenten zusammenhängende, denselben erweiternde Nebenforderung zu betrachten ist. Ist letzteres der Fall, so war das solothurnische Gericht verfassungsmässig kompetent, denn die bundesrechtliche Praxis hat stets festgehalten, daß Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung sich nur auf selbständige Civilansprüche persönlicher Natur, nicht dagegen auf bloße Nebenforderungen beziehe. Demnach ist es z. B. stets als zulässig erachtet worden, daß mit der Eigenthumsklage im Gerichtsstand der gelegenen Sache gleichzeitig auf persönliche Ansprüche nebensächlicher Art, welche unmittelbar aus dem Eigenthumsanspruch

hervorgehen, geltend gemacht werden (wie Anspruch auf Ersatz konsumirter Früchte u. drgl.). Vergleiche Amtliche Sammlung, Entscheid. VIII Seite 69, Erwäg 8.

2. Bei Prüfung der gestellten Frage muß nun streng festgehalten werden, daß die um Vollstreckung des solothurnischen Urtheils ersuchten zürcherischen Gerichte (ebenso wie das Bundesgericht) durchaus nicht befugt waren, die materielle Richtigkeit des solothurnischen Urtheils zu prüfen, *dass vielmehr ihre Cognition sich strikte darauf beschränkt, ob der Anspruch des Rekurrenten*, **so wie er eingeklagt und richterlich gutgeheissen worden ist,** *ein selbstständiger Civilanspruch oder aber ein blosses Accessorium des Retentionsanspruches sei.* Von diesem Standpunkte aus aber muß anerkannt werden, daß es sich hier um ein bloßes Accessorium des Retentionsanspruches handelt. Wenn der Rekurrent den von ihm geforderten Betrag als „Miethzins" bezeichnet, so kann dieß, da er ja einen Miethvertrag mit der Rekursbeklagten weder behauptete noch irgendwie konnte behaupten wollen, nicht als eine juristische Qualifikation seines Anspruches, sondern nur als eine sehr ungeeignete und ungenaue Bezeichnung desselben betrachtet werden. Der Umstand, daß weder der Kläger noch das solothurnische Gericht eine selbständige, thatsächliche und rechtliche Fundirung des rekurrentischen Anspruches versucht haben, zeigt vielmehr deutlich, daß sie denselben einfach als selbstverständliche und nothwendige Folge der Gutheissung des Retentionsanspruches betrachteten, d. h. ohne weiteres davon ausgingen, daß die Rekursbeklagte, weil sie die Realisirung des Retentionsrechtes des Klägers durch ihren Einspruch zeitweilig verhindert habe, für allen in Folge dessen für Aufbewahrung der Retentionsobjekte, sei es durch den Retentionsberechtigten selbst, sei es durch Dritte, erwachsenen Aufwand verantwortlich sei. Der Rekurrent und das solothurnische Gericht haben somit den streitigen Anspruch als einen aus der Realisirung des Retentionsrechtes, wie sich dieselbe in Folge des Einspruchs der Rekursbeklagten gestaltete, naturgemäß hervorgehenden, also als ein blosses Accessorium, eine Erweiterung des Retentionsanspruches betrachtet und behandelt. Wenn die Appellationsinstanz meint, das solothurnische Gericht habe den Anspruch als einen Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung behandelt und gutgeheissen, so ist dieß gewiß irrig. Denn das solothurnische Urtheil stellt ja irgendwelches Verschulden der Rekursbeklagten nicht fest.

3. Steht aber somit Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung der Competenz des solothurnischen Richters nicht entgegen, so ist dieselbe als hergestellt zu betrachten; denn nach § 26 der solothurnischen C.-P.-O. war das solothurnische Gericht ohne Zweifel competent.

4. Somit muß der Rekurs gemäß Art. 61 der Bundesverfassung gutgeheissen werden, wenn nicht etwa die weitere Einwendung der Rekursbeklagten, daß der Anwalt Fürholz zu ihrer Vertretung nicht bevollmächtigt gewesen, daß sie somit im Prozeße gar nicht gehört worden und aus diesem Grunde das solothurnische Urtheil für sie unverbindlich sei, begründet ist. Auch diese Einwendung hat das Bundesgericht an Hand der Akten selbstständig zu prüfen. Denn in staatsrechtlichen Sachen ist das Bundesgericht an den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand nicht gebunden, sondern hat selbstständig zu untersuchen, ob die faktischen Voraussetzungen einer Verfassungsverletzung vorliegen.

5. Nach dem über die Natur des sogen. Miethzinsanspruches des Rekurrenten Bemerkten war offenbar Fürsprecher Fürholz zur Vertretung der Rekursbeklagten auch gegenüber diesem Anspruche bevollmächtigt, sofern er ermächtigt war, die Rekursbeklagte gegenüber dem Retentionsanspruche des Rekurrenten zu vertreten. Dieß muß aber unbedingt angenommen werden. Auch die Appellationsinstanz erkennt an, daß er von Rechtsagent Heß-Pfenninger den Auftrag erhalten habe, die Retentionsrechtsklage des Rekurrenten zu beantworten. Allein es erscheint auch als hergestellt, daß Rechtsagent Heß-Pfenninger befugt war, einen derartigen Auftrag Namens der Rekursbeklagten zu ertheilen. Denn die letztere gesteht ja selbst

zu, daß sie den Rechtsagenten Heß-Pfenninger, der offenbar ihr Sachverwalter ist, beauftragt habe, die von ihr der Wittwe Enderli überlassenen Gegenstände beizubringen d. h. offenbar auch die hiezu nöthigen rechtlichen Schritte zu thun. Die ganze Sachlage deutet denn auch unverkennbar darauf hin, daß die Rekursbeklagte sehr wohl wußte, daß in ihrem Namen die nöthigen rechtlichen Schritte gethan werden, um ihre Rechte an den fraglichen Mobilien zu wahren.

Schluss:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es werden mithin dem Rekurrenten die in seiner Rekursschrift gestellten Begehren zugesprochen.

Anmerkung: Wir müssen offen gestehen, daß uns der vorstehende Entscheid ziemlich überrascht hat und wir können es nicht unterlassen, die Gründe dieser Ueberraschung hier in Kürze anzugeben. Sie liegen *nicht* darin, daß das Bundesgericht als Princip den Satz aufstellt, die Cognitionsbefugniß der zürcherischen Gerichte habe sich strikte darauf beschränkt, ob der Anspruch des Rekurrenten *so wie er eingeklagt und richterlich gutgeheissen wurde,* ein selbstständiger Civilanspruch oder aber ein bloßes Accessorium des Retentionsanspruches sei, denn von einem andern Gesichtspunkt ist auch die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes nicht ausgegangen. Was uns aber überrascht hat, das ist die Annahme des Bundesgerichtes, der solothurnische Richter habe den sogenannten Miethzins- oder Schadenersatzanspruch als eine selbstverständliche und nothwendige Folge der Gutheissung des Retentionsanspruches und demnach als ein blosses Accessorium, eine Erweiterung des letztern betrachtet. Wir können nicht behaupten, daß diese Auffassung der Wirklichkeit nicht entspreche, allein wenn man berücksichtigt, wie materiell handgreiflich unrichtig eine derartige Argumentation des solothurnischen Richters war, womit, wie aus dem vorstehenden Urtheil deutlich ersichtlich, ja auch das Bundesgericht einverstanden ist, so wird man es doch sehr begreiflich finden, wenn die zürcherische Appellationskammer auch nicht einen Moment daran gedacht hat, daß jene Argumentation in Solothurn obgewaltet haben könnte. Die Erwägung 5 des nunmehr aufgehobenen Urtheils beweist es, wie sehr man hierorts bemüht war, den Titel, den das solothurnische Gericht der Gutheissung des fraglichen Anspruches zu Grunde legte, zu finden. Es war das deßwegen sehr schwierig, weil das solothurnische Urtheil eine Begründung, mit der etwas anzufangen war, gar nicht enthält und man sich sofort sagen mußte, der gutgeheissene Anspruch laße sich rechtlich gar nicht begründen. Man erging sich in Vermuthungen und gelangte zu dem Schlusse, daß nur zweierlei möglich sei entweder habe der erkennende Richter angenommen, daß Kläger durch Aufbewahrung der der Beklagten gehörenden Gegenstände nach beendigter Miethzeit und nach erfolgtem Einspruch der letztern als negotiorum gestor für dieselbe gehandelt habe und folglich Ersatz seines diesbezüglichen Aufwandes in Geld verlangen könne oder dann sei der Anspruch als Schadenersatzanspruch gutgeheissen worden, für welch' letztere Auffassung die kurze Erwägung noch am meisten sprach. Man muß gewiß zugeben, daß diese beiden Construktionen, so falsch sie sind, doch noch am meisten für sich hatten, und deßhalb hätte unseres Erachtens auch das Bundesgericht im gleichen Sinne argumentiren sollen, womit dann das materielle Recht gesiegt hätte. Daß das letztere zu der in seinem Urtheil niedergelegten Auffassung gelangte, können wir uns nur dadurch erklären, daß dasselbe aus den Gauen unserer lieben Eidgenossenschaft vermuthlich dann und wann ein Urtheil zu sehen bekommt, in dem die Gutheissung eines Anspruches als selbstverständliche, nicht weiter zu begründende Folge irgend einer Thatsache oder eines Verhaltens hingestellt wird, obgleich *juristisch* von einem bezüglichen Zusammenhang bei Weitem nichts zu entdecken ist. Diese Erfahrung scheint hier den Wegleiter gebildet zu haben, der zürcherischen Appellationskammer mangelte dieselbe und deßhalb wird man es nicht nur begreiflich, sondern durchaus selbstverständlich finden, daß sie nur an rechtlich mögliche, nicht aber geradezu unmögliche Construktio-

nen dachte, im Uebrigen wird sie sich die hier gemachte Erfahrung für die Zukunft merken.

Ort und Zeit der Untersuchung und Mängelrüge bei im Ausland bestellten, als Transitsendung in plombirtem Waggon bezogenen und sofort an die Abnehmer der Käufer weiter versandten Waaren etc.

(Auszug aus einem Urtheil des Handelsgerichtes Zürich vom 25. Juni 1886.)

Die in Zürich wohnhaften Beklagten hatten in München gekauft und nach Epinal (Frankreich) weiter verkauft. Im Kaufvertrag mit dem Kläger wurde gesagt, die Waare (Tapetenpapier) sei zu liefern „in transito" an Spediteur W. in Basel. Am 15. Dezember 1885 langte die Waare in einem durchgehenden plombirten Wagen in Basel an und wurde von dem Spediteur, an den sie adressirt war, sofort weiter an die Abnehmer der Beklagten in Epinal versandt. Die Ankunft daselbst erfolgte am 20. Dezember und am 29. gl. Mts. zeigten die Beklagten dem Kläger an, ihre Abnehmer stellen ihnen die dunkelbraune Partie des Papiers zur Verfügung, weil in Nuance nicht musterconform, in der Länge der Rollen zu sehr varirend und weil das Papier endlich durch ganze Rollen hindurch zusammengeschrumpft sei. Am Schlusse ist gesagt: „Belieben Sie uns daher umgehend mitzutheilen, wie wir uns in der Angelegenheit zu verhalten haben." Am 13. Januar 1886 wurde auch bezüglich der 2. Parthie *hell*braunen Papiers reclamirt, weil solches nach seither vorgenommener Durchsicht hinsichtlich der Länge der Rollen und der Falten die gleichen Mängel aufweise. Schon am 10. Dezember 1885, unmittelbar nach Empfang der Factur, hatten die Beklagten dem Kläger geschrieben, sie erkennen ihn für den Facturabetrag „Rechtfinden der Waare Seitens unseres Bestellers vorbehaltend" etc. Gleichzeitig verlangten sie Ausfallmuster, die ihnen am 13. Dezember zugesandt wurden. Der Kläger antwortete ablehnend auf die erhobenen Reklamationen und stellte schließlich, nachdem sich die gütlichen Unterhandlungen zerschlagen hatten, die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises. Die Beklagten opponirten derselben die Wandelungs- eventuell Minderungseinrede, welcher wiederum die Replik der verspäteten Mängelrüge entgegengehalten wurde. Das Handelsgericht erachtete diesen letztern Einwand für begründet, nahm deßhalb Genehmigung der Waare an und hieß die Klage gut.

Gründe:

1) Der eingeklagten Kaufpreisforderung steht die Bestreitung entgegen, daß der Kläger und Verkäufer den Vertrag nicht richtig erfüllt habe, da die Waare an Mängeln leide. Letztere Behauptung ist indeß nur dann von Bedeutung, wenn auf die Geltendmachung dieser Mängel nicht entweder verzichtet oder dieselbe verwirkt wurde.

2) Ein Verzicht wäre anzunehmen bei Genehmigung der Waare, d. h. bei ausdrücklich erklärtem oder durch anderweitige Thatsachen bekundetem Willen der Beklagten, die Waare als vertragsgemäß beschaffen anzunehmen und gutzuheißen. Der Ausdruck dieses Willens kann indeß darin, daß die Beklagten die Waare von Basel weg, wohin der Kläger sie ihnen nach dem Vertrag zu liefern hatte, ohne weiteres nach Epinal an ihren eigenen Abnehmer weiter versandten, nicht gefunden werden. Vielmehr dachten dieselben nicht einmal, daß darin eine Genehmigung erblickt werden könnte und vollends widerlegt ist die Annahme einer derartigen Absicht durch den Brief vom 10. Dezember 1885, worin die Beklagten sich für die Waare „das Rechtfinden Seitens ihres Bestellers" ausdrücklich vorbehalten. Ebensowenig ist aber der Umstand geeignet, auf jene Absicht schließen zu lassen, daß die Beklagten 32 Bobinen durch ihre Abnehmer verarbeiten ließen, denn ohne Zweifel geschah dies lediglich behufs Prüfung der Waare, also zu einem Zwecke, der eine gleichzeitige Gutheissung ausschließt.

3) Eine Verwirkung der Reklamation wegen der behaupteten Mängel liegt vor, sofern die Anzeige der letztern an den Kläger nicht sobald dieß nach dem üblichen Geschäfts-

gange thunlich war, erfolgte (Art. 246, Satz 1 des O.-R.), denn daß es sich um Mängel gehandelt habe, welche bei der übungsgemäßen Untersuchung nicht erkennbar waren (Art. 246, Satz 2), wird nicht behauptet und ist dadurch widerlegt, daß die Untersuchung, sobald sie stattgefunden, die Reklamation sofort veranlaßte. Eine förmliche Dispositionsstellung innert jener Frist wird dagegen vom Gesetz nicht verlangt, es genügt an einer Anzeige, die erkennen läßt, daß die Waare wegen Mängeln, die allerdings speziell angegeben werden müssen, beanstandet werde.

4) Die Ankunft der Waare in Epinal fällt auf den 20. Dezember 1885. Am 29. Dez. erfolgte dann von Zürich aus die Reklamation wegen der Mängel bei der dunkelbraunen Sorte, also innert 9 Tagen. Letztere Frist darf daher als die für Anzeige der Mängel thunliche betrachtet werden. Daraus folgt ohne weiteres, daß die für die hellbraune Waare wegen der nämlichen Mängel erst am 13. Januar 1886 erfolgte Reklamation verspätet und daher verwirkt ist. Für die andere, am 29. Dezember beanstandete Parthie ist entscheidend, ob die Beklagten befugt gewesen seien, Epinal als den Ort zu betrachten, an welchem sie die Waare hinsichtlich ihrer Vertragsgemäßheit, sofern sie bezügliche Mängel zum Gegenstand von Reklamationen machen wollten, zu untersuchen hatten.

5) Beim Mangel anderweitiger Verabredungen wird davon auszugehen sein, daß der Käufer, sofern er die Waare, um sich über deren Annahme schlüssig zu machen, vorerst untersuchen will, die Prüfung mit der nach dem üblichen Geschäftsgang thunlichen Beförderung vornehmen muß, *sobald ihm die Waare vom Verkäufer abgeliefert wird;* denn damit ist die Verpflichtung des Letztern zunächst erfüllt. Als Ablieferungsort war nun hier laut der Bestellkarte Basel verabredet und hieran wird nichts geändert durch den Zusatz, daß die Sendung dorthin „transito" an die Adresse des Speditionshauses W. zu geschehen habe. Mit jenem Ausdruck war, wie gerichtsnotorisch ist, nur angezeigt, daß die Sendung nicht etwa an der Schweizergrenze den Eingangszoll zu bezahlen habe, sondern erst in Basel der zollamtlichen Behandlung für die Schweiz zu unterwerfen sei, und zwar mit Rücksicht darauf, daß diese eine verschiedene sein werde, je nachdem die Waare in der Schweiz abgegeben oder in dieses oder jenes dritte Land weitergeführt werde, womit auch die Plombirung des Wagens in Verbindung steht. Jener Zusatz theilte demnach dem Kläger nichts weiteres mit, als daß noch keine Entscheidung darüber bekannt gegeben werde, wie der Basler Spediteur mit der Waare zu verfahren habe. Es wäre zu weit gegangen, darin auch nur die Mittheilung zu erblicken, daß diese nicht in Basel bleiben werde, oder daß in dieser Hinsicht noch nicht verfügt sei; und gerade die Umstände des vorliegenden Falles zeigen, daß jene Disposition höchst wahrscheinlich nur zum Ziele hatte, dem Kläger den Bestimmungsort der Waare zu verheimlichen, wohl in der Absicht, den den Zwecken der Beklagten zuwiderlaufenden direkten Verkehr des Produzenten mit dem Konsumenten zu verhindern. Auf Grund der Bestellung war daher Basel als der Ablieferungsort zu betrachten, und es konnte der Kläger im Spediteur der Beklagten deren Stellvertreter für die Uebergabe des Gutes erblicken, so daß mit dieser die Tradition vollzogen war. Hiernach stellt sich Basel als der Ablieferungs- und Untersuchungsort dar.

6) Um die Rechtsstellung der Parteien in der Frage, wo der Käufer die Untersuchung der Waare vorzunehmen habe, in einer vom Vertragsabschluß abweichenden Weise zu gestalten, genügt es offenbar nicht am einseitigen Willen oder Interesse des einen Kontrahenten, sondern ist die Zustimmung beider erforderlich. (Siehe Urtheil des Handelsgerichtes vom 18. November 1881 i. S. Grillo Funke & Cie. und Gebr. Vogel. Schweizer Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen Bd. I, S. 1 ff, Erwäg. 9). Das bloße Wissen des Klägers, daß die Waare nach Frankreich bestimmt gewesen, wäre also unzweifelhaft nicht ausreichend, übrigens ist solches nicht einmal festgestellt.

Die Beklagten hatten allerdings ein erhebliches Interesse daran, daß die Untersuchung erst in Epinal vorgenommen werden müsse, weil die dort jedenfalls erfolgende Prüfung durch ihre Abnehmer für sie von durchschlagender Bedeutung war, es ist auch wahrscheinlich, daß sie der Meinung waren, auf letztere Prüfung auch dem Kläger gegenüber abstellen zu dürfen; allein es fehlt eben an genügenden Momenten dafür, daß dieser letztere sich hierauf eingelassen habe. Um sich dies zu sichern, hätte demselben wohl mindestens der Bestimmungsort genau mitgetheilt werden müssen, da jedenfalls nicht daran zu denken ist, daß der Kläger sich überhaupt jeden den Beklagten beliebigen, auch unter Umständen langwierigen Weitertransport hätte gefallen lassen. Schon die Verheimlichung des Bestimmungsortes schließt jene Annahme aus, gegen eine solche sprechen zudem sowohl die Anzeige einer kurzen Reklamationsfrist in der Faktur, als auch die Seitens der Beklagten erfolgte Bitte um größere Ausfallsmuster, indem letzteres annehmen ließ, daß die Prüfung auf Grund der letztern erfolgen werde; der Brief der Beklagten vom 10. Dez., wo sie sich das Rechtfinden der Waare durch ihren Besteller vorbehalten, ist für den Kläger offenbar unverbindlich und daß dieser damit nicht einverstanden war, zeigte er in der Folge ganz unverkennbar. Endlich wird angeführt, die Plombirung des Wagens und der Umstand, daß in Basel die zur Prüfung der Waare nöthigen Vorrichtungen nicht vorhanden seien, zeige das Wissen des Klägers, daß die Untersuchung dort nicht stattfinden werde, und daher sein Einverständniß, daß solche erst in Epinal vorgenommen werde. Allein abgesehen davon, daß es sehr fraglich ist, ob der Kläger sich überhaupt hierin um die Beklagten zu bekümmern gehabt habe, hält ersterer Einwand deshalb nicht Stich, weil, wie das Gericht auf Grund der Kenntniß einzelner kaufmännischer Mitglieder desselben annimmt, (§ 545 des Rechtspflegegesetzes) trotz der Plombirung des Wagens, dessen Oeffnung hätte erlangt werden können, und es hiezu nur der einstweiligen Deposition des schweiz. Eingangszolles bedurft hätte, gegen einen Rückschein, der bei Wiederausfuhr zu dessen Rückforderung berechtigt hätte, und bezüglich der behaupteten faktischen Unmöglichkeit der Prüfung in Basel, die übrigens wohl schwerlich zu beweisen wäre, und anscheinend durch Versendung einzelner Rollen z. B. nach Zürich oder ins benachbarte Grellingen hätte gehoben werden können, ist zu bemerken, daß nicht wahrscheinlich und auch nicht behauptet ist, daß der Kläger den Mangel eines Abrollapparates in Basel, wo sich doch nach dem Zugeständniß der Beklagten eine Papierfabrik befindet, gekannt habe. Demnach fehlt es hier an dem den Beklagten obliegenden Beweis einer spätern Abänderung der ursprünglichen Vertragsmeinung.

7) Unstichhaltig ist offenbar die Ansicht der Beklagten, daß schon ihr mit Brief vom 10. Dez. angebrachter Vorbehalt des Rechtfindens der Waare durch ihren Besteller als Reklamation im Sinne von Art. 246 des O.-R. zu betrachten sei; denn eine Anzeige bestimmter Mängel als Grund einer Beanstandung der Waare, was allein erheblich wäre, ist darin nicht enthalten.

8) Als Zeitpunkt der Ankunft der Waare in Basel ist der 15. Dez. zu betrachten, die Thatsache, daß späterhin, sogar bei Untersuchung der Waare in Epinal, die Mängelrüge innert 9 Tagen erfolgte, zeigt, daß die Anbringung derselben, wenn die Prüfung in Basel vorgenommen worden wäre, am 24. Dezember hätte geschehen können, und daher am 29. gl. Mts. schon verspätet war. — Diese Auffassung hat die Abweisung der Klage, unter den gesetzlichen Nachtheilen der unterliegenden Beklagten bezüglich Kosten- und Prozeßentschädigung zur Folge.

Anmerkung. Die Beklagten haben uns seit Erlaß des vorstehenden Urtheils folgende Correspondenz vorgewiesen:

1) Die Copie eines von ihnen unterm 21. Juli an die Oberzolldirektion in Bern gerichteten Briefes, welcher lautet:
„Belieben Sie uns mitzutheilen, ob es „thunlich ist, von einer aus Deutschland „*in transito* in Basel anlangenden *plom-*

„*birten,* zur Weiterbeförderung nach „Frankreich bestimmten Wagenladung, „enthaltend 429 Rollen Tapetenpapier, „ca. 30 Rollen gegen Hinterlage der „Zollgebühren zu entnehmen, um solche „in einer Papierfabrik Basels oder wenn „dort die nöthigen Einrichtungen nicht „vorhanden sind in Zürich behufs Verificirung der Länge der Rollen und der „richtigen Fabrikation abrollen zu lassen. „Nach stattgefundener Manipulation würden wir die 30 Rollen Ihnen, resp. der „Zollstation Basel gegen Aushändigung „der Hinterlage wieder zustellen zur „eventuellen Weiterbeförderung nach „Frankreich mit den andern 399 Rollen."

2) Eine Antwort der Oberzolldirektion in Bern auf diesen Brief, datirt den 24. Juli und lautend:
„Auf Ihre mit Schreiben vom 21. ge„stellte Anfrage ist die unterfertigte „Stelle im Falle zu erwidern, daß Mani„pulationen wie die von Ihnen erwähn„ten zufolge der bestehenden Vorschrif„ten über Transitverkehr *nicht* statthaft „sind."

Wir glaubten dem Leser diese Eröffnungen nicht vorenthalten zu sollen, weil sie wenigstens für den kaufmännischen Theil derselben von größtem Interesse sein dürften. Ob das Urtheil, wenn die vorstehende Correspondenz vor dessen Erlassung geführt und dem Gericht vorgelegt worden wäre, anders lauten würde, wollen wir nicht untersuchen. Selbstverständlich ist dies jedenfalls durchaus nicht, wenn man berücksichigt, daß die Berechtigung der Beklagten, die Untersuchung der Waare von Basel nach Epinal zu verlegen, nur aus einer ausdrücklichen oder aus den Umständen zu folgernden Zustimmung des Klägers abgeleitet werden kann; (siehe den Eingang von Erwäg. 6).

Urtheil
der
Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes
vom 26. Juni 1886
in Sachen
Leu u. Cie.
gegen
Garantiegenossenschaft Dielsdorf.

Zeitliche Rechtsanwendung. Rechtliche Natur der Garantieverpflichtung einer „zürcherischen Garantiegenossenschaft". Sinn und Tragweite einer bestimmten zeitlichen Begrenzung dieser Verpflichtung.

Thatsächliches:

Im Jahre 1857 fand in Dielsdorf die Grundprotokollbereinigung mit Ablösung derjenigen, auf den Liegenschaften versicherten Schulden statt, deren Pfandnexus in den Eigenthumsbesitz mehrerer Mitschuldner als Einzinser oder in denjenigen dritter Personen eingriff oder deren Unterpfande nicht mehr ermittelt werden konnten, etc. (siehe § 1 lit. b der obergerichtlichen Verordnung betreffend das Verfahren bei Bereinigung der Grundprotokolle v. 28. Juni 1855).

Um den Abschluß der zu dieser Schuldablösung nothwendigen neuen Darlehen mit Pfandrecht auf den Liegenschaften zu erleichtern, bildete sich eine sogenannte Garantiegenossenschaft. Der § 4 der Garantiestatuten sagt: „Es vereinigen sich von den sämmtlichen Grundeigenthümern im Gemeindsbanne Dielsdorf diejenigen, welche in Dielsdorf wohnen, zu einer gegenseitigen Garantie und zwar haften dieselben den resp. Kreditoren als eine Gesammtheit von Schuldnern für Darlehen bis auf $^3/_4$theile des Betrages der nach § 7 aufzunehmenden Schatzung und überdies für zwei und den laufenden Zins sowie für allfällige Kosten, *während der Dauer von 10 Jahren von Martini 1857 bis Martini 1867*".

Am 8. Juli 1865 errichteten die Geschw. Salomon, Jakob, Rudolph und Judith Schlatter im Waisenhof bei Dielsdorf der Aktiengesellschaft Leu & Cie. zur Sicherung eines 3000

Fr. betragenden Darlehens einen Schuldbrief auf ihre Liegenschaften. Nach dem Tenor des Titels ist das Kapital vom 15. Juli 1865 an à 5% zu verzinsen und auf eine halbjährliche, beiden Theilen freistehende Kündigung hin abzubezahlen. Die Garantieschatzung der Unterpfande beträgt 42,113 Fr. und da sich die Garantie auf $^3/_4$theile dieser Summe, = 31,584 Fr. 75 erstreckt und die vorgehenden grundversicherten Schulden bloß den Betrag von 25,893 Fr. 34 erreichten, so blieb für Leu & Cie. ein garantirter Deckungswerth von rund 5690 Fr., also mehr als genug für die Forderung von 3000 Fr. nebst drei Zinsen und Kosten. Diesen Verhältnissen entsprechend, findet sich in dem 3000 Fr. Schuldbrief unter dem Titel „Garantie" folgender Vormerk:

„Die Garantiegenossenschaft der Gemeinde „Dielsdorf haftet für ein Darlehen von *5690* „*Fr.* nebst zwei Zinsen, dem laufenden und „Kosten, während der Dauer von 10 Jahren, „*von Martini 1857 bis Martini 1867* in „dem Sinne, daß im Falle der Schuldner in „Konkurs gerathen sollte, sie, die Garanten „die Pfänder ziehen und Gesammtschuldner „des Darlehens würden, das von ihnen sodann „verzinst und auf die vertragsmässige Kün„digung hin bezahlt wird."

Die in diesem Vormerk gegebene inhaltliche Umschreibung der Garantie lehnt sich an den § 22 des Bereinigungsgesetzes an, welcher lautet: „Das Verhältniß zwischen den Garanten und den Gläubigern der garantirten Schuldbriefe wird *erst im Konkurse des Schuldners* wirksam und zwar in der Weise, daß die Garanten als Gesammtheit dem Gläubiger für den Betrag des Kapitals, der garantirten Zinse und Kosten einzustehen haben und dafür in dessen Rechte eintreten."

Zu Martini 1867 wurde die Garantie auf zwei weitere Jahre, also bis Martini 1869, dann auf weitere *6* Jahre, bis Martini 1875 und endlich zum 3ten Mal auf weitere *10* Jahre, also bis Martini (11. November) 1885 erneuert.

Schon im Februar und dann wieder im April 1885 frugen Leu & Cie. den Gemeindammann Albrecht in Dielsdorf an, ob die Garantie neuerdings über Martini 1885 hinaus verlängert werde oder nicht. Am 17. April antwortete dieser, daß sich eine Versammlung von Garanten für vierjährige Erneuerung ausgesprochen und schon mehr als die Hälfte der Letzteren ihre diesfällige Zustimmung bereits unterschriftlich bekundet habe, daß aber noch viele Unterschriften ausstehen und die endgültige Versammlung erst am 26. April stattfinde. Auf eine neue Anfrage vom 28. April kam am 3. Mai die Antwort, es haben sich 110 Garanten unter der Bedingung für die Verlängerung ausgesprochen, daß *alle* beitreten, von 6 Garanten sei aber die Zustimmung absolut verweigert worden und finde nun am 17. Mai noch eine letzte Versammlung statt. „Ich denke, Sie werden hierauf zur Vorsorge Ihre wünschbaren Kündigungen verlangen, die Sie im Falle der Erneuerung ja jederzeit wieder zurückziehen können."

Am 9. Mai kündeten hierauf Leu & Cie. den ursprünglich 3000 Fr. haltenden, in Folge einer Zahlung von 170 Fr. aber auf 2830 Fr. reduzirten Schuldbrief auf *Martini 1885* und es wurde die Kündigung von den Schuldnern angenommen. Die geplante Verlängerung der Garantie kam nicht zu Stande und dieselbe blieb demnach bis zum 11. November 1885 zeitlich begrenzt.

Da der mit dem 15. Juli 1885 fällig gewordene Jahreszins nicht bezahlt wurde, erhoben Leu & Cie. am 2 Oktober 1885, also noch vor der Fälligkeit des Kapitals den Rechtstrieb für denselben und dieser führte zum Konkurs der betriebenen Geschwister Schlatter. Das Konkurseröffnungsdekret datirt vom 26. Dezember 1885 = 6 Wochen *und 3 Tage* seit dem 11. November, als dem Zeitpunkt der Fälligkeit des Kapitals. *Eine Betreibung* für das **Letztere** *fand nie statt.*

Leu & Cie. meldeten Capital und Zins im Konkurse an und erklärten dabei, daß sie sich an die Unterpfande *und die Garantie* halten. Davon gab der Notar der Garantiegenossenschaft Dielsdorf Kenntniß, diese aber antwortete in einer an Leu & Cie. gerichteten amtlichen Anzeige vom 18. Januar 1886, daß jede Haft- oder Bürgschaftspflicht gestützt auf Art. 502 des Schw. O.-R. und § 1810 des privatrechtlichen Gesetzbuches des Kantons

Zürich bestritten werde, zumal die Garantiezeit mit Martini 1885 abgelaufen sei. Leu & Cie. protestirten gegen diese Auffassung und da ein Ausgleich nicht möglich war, fassten sie die Garantiegenossenschaft mit der Streitfrage ins Recht, ob diese nicht verpflichtet sei, ihnen den Betrag von 2830 Fr. nebst Zins à 5% vom 15. Juli 1884 an für den Fall zu bezahlen als sie, die Kläger, im Konkurse der Geschwister Schlatter mit dem betreffenden Schuldbriefe nicht überschlagen werden sollten.

Zur Begründung der Klage wurde vorgebracht: Die Garantie, aus der geklagt werde, sei überall keine Bürgschaft, sondern eine besondere, eigenartige Verpflichtung und daraus folge, daß das Erlöschen derselben weder aus dem Art. 502 des S. O.-R. noch aus dem § 1810 des Pr. G.-B. abgeleitet werden könne, bei ihr trete in den Vordergrund die Gesammtheit der Grundstücke der Garanten als Garantieobjekt, währenddem die Person des einzelnen Garanten völlig zurücktrete, was sich daraus ergebe, daß die Garantie mit dem Grundeigenthum, bezüglich dessen sie eingegangen worden, auf den oder die neuen Erwerber übergehe, wofür der § 23 des Bereinigungsgesetzes angerufen werde, welcher lautet:

„Die einmal eingegangene Garantie geht „mit Bezug auf denjenigen Grundbesitz, be„züglich dessen sie eingegangen worden, von „Gesetzes wegen auf jeden neuen Erwerber „über."

Die jeweiligen Besitzer der in der Garantie befindlichen Grundstücke und nicht die Personen als solche haben also einzustehen, währenddem die Bürgschaft eine bestimmte Person als Bürgen voraussetze.

Die zeitliche Begrenzung der Garantie habe nur den Sinn, daß die garantirten Darlehen mit dem Endtermin derselben gekündet und liquidirt werden müssen, Klägerin hätte also das Kapital sogar erst mit Martini 1885 künden können. Für den Fall der Richter die Garantie als eine Bürgschaft ansehen würde, käme keinenfalls der Art. 502 des O.-R., sondern nur der § 1810 des privatrechtlichen Gesetzbuches zur Anwendung, weil die Anwendbarkeit des Obligationenrechtes hier zeitlich ausgeschlossen sei, bei Berechnung der sechs Wochen des § 1810 müße dann aber die Zeit des Rechtsstillstandes abgerechnet werden, in welchem Falle der Konkursausbruch noch innerhalb diese Zeit komme und diese Thatsache genüge unter allen Umständen, um die Einrede der Garantieerlöschung als unbegründet erscheinen zu lassen.

Die Beklagte erklärte sich damit einverstanden, daß die Garantie keine eigentliche Bürgschaft sei, zog aber daraus den umgekehrten Schluß, nämlich, daß dieselbe noch innerhalb der Garantiezeit hätte geltend gemacht werden solle nund mit deren Endpunkt erloschen sei. Eventuell wurde behauptet, daß Art. 502 des O.-R. und nicht § 1810 des Pr. G.-B. angewendet werden müsse und bestritten, daß die Zeit des Rechtsstillstandes in Abzug gebracht werden dürfe.

Das Bezirksgericht Dielsdorf entschied den Prozeß im Sinne der Cutheissung der Klage; es nahm an, der Streit sei nach dem Rechte des Kantons Zürich zu entscheiden, die Garantie, aus der geklagt werde, stelle sich als gewöhnliche Bürgschaft dar und deßhalb komme es einfach darauf an, ob Klägerin die Hauptschuldner innerhalb der 6 Wochen des § 1810 des Pr. G.-B. vom 11. November 1885 angerechnet, belangt habe oder nicht oder ob der Konkurs über diese letzern ohnehin noch innerhalb dieser 6 Wochen ausgebrochen sei. Das letztere wurde dann irrthümlicher Weise angenommen und auf Grund dieser irrigen thatsächlichen Voraussetzung gelangte das Gericht zu dem angegebenen Schluss.

Gegen dieses Urtheil erklärte die Beklagte die Berufung ans Obergericht. In der Appellationsverhandlung anerkannte sie, der Klägerin den Jahreszins des eingeklagten Kapitals vom 15. Juli 1884 bis 1885 schuldig zu sein, weil der Rechtstrieb dafür gegen die Hauptschuldner *schon im Oktober 1885* angehoben worden war, bestritt dagegen jede weitere Schuldpflicht und bat um Abweisung der Klage, soweit damit mehr als der anerkannte Jahreszins verlangt werde, die Klägerin dagegen suchte um Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urtheils nach.

Entscheidungsgründe:

1) Im Streit liegt die Frage, ob die Beklagte der Klägerin aus der am 2. März 1857 eingegangenen, zunächst auf die Dauer von 10 Jahren limitirten, dann aber bis Martini 1885 verlängerten Garantie auch heute noch hafte für einen derselben auf die Geschwister Schlatter zustehenden, gegenwärtig noch 2830 Fr. haltenden Schuldbrief nebst Zins oder ob ihre Haftpflicht aus jener Garantie bezüglich des genannten Titels nicht schon mit dem 11. November 1885, eventuell mit dem 9. oder wenigstens mit dem 23. Dezember erloschen sei.

2) Es ist vor Allem aus zu untersuchen, nach welchem Recht diese Frage zu beurtheilen sei, ob nach dem privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich oder nach dem schweizerischen Obligationenrecht, diesfalls muß aber ohne allen Zweifel dahin entschieden werden, daß die Anwendbarkeit des schweizerischen Obligationenrechtes zeitlich ausgeschlossen ist und nur das zürcherische Privatrecht in Frage kommen kann. Als entscheidend kömmt nämlich in Betracht, daß nicht ein *allgemein* obligationenrechtlicher Erlöschungsgrund, wie es derjenige der Zahlung, der Schulderneuerung, der Verjährung etc. ist, sondern nur ein *spezieller* geltend gemacht, d. h. das Erlöschen der Garantieverpflichtung bezüglich des fraglichen Schuldbriefes lediglich aus dem Inhalt derselben abgeleitet wird und Absatz 3 des Art. 882 des O.-R. auf solche speziellen, nur aus dem Inhalt der Obligation und nicht aus *selbständigen*, von dem letztern unabhängigen, juristischen Thatsachen folgenden Erlöschungsgründe keine Anwendung findet. Die Frage ist die, ob die Garantie, aus welcher die Haftpflicht der Beklagten abgeleitet wird, also ein koncretes Rechtsverhältniß, *nach der rechtlichen Gestaltung, welche dasselbe zur Zeit seiner Begründung erhalten hat,* den behaupteten Untergang zur Folge gehabt habe. Diese Frage ist also eine solche nach der Wirkung, nach dem Inhalt der Obligation und nicht eine Frage nach der Wirkung einer besondern, selbständigen juristischen Thatsache, Inhalt und Wirkung einer Obligation aber beurtheilen sich immer nach dem zur Zeit ihrer Begründung geltenden Recht, weil sie von diesem Recht ihren Inhalt voll und ganz erhalten, ihre rechtliche Gestaltung durchgehend empfangen haben, mit Bezug auf alle Thatsachen, welche von Einfluß und Bedeutung auf dieselben sind, treten diese unter der Herrschaft des neuen oder alten Rechtes ins Leben. Der § 1810 des privatrechtlichen Gesetzbuches und der Art. 502 des O.-R. sprechen überall nicht von einem allgemeinen, sondern nur von einem speziellen obligationenrechtlichen Erlöschungsgrund, sie enthalten einfach ergänzendes Vertragsrecht, speziell eine Interpretation des Vertragswillens und daraus folgt von selbst, daß sie nur angewendet werden können auf diejenigen Vertragsverhältnisse, welche unter ihrer Herrschaft entstanden sind und da die der Klage zu Grunde liegende Garantieverpflichtung noch unter der Herrschaft des privatrechtlichen Gesetzbuches ins Leben getreten ist, so kann hier, wenn überhaupt die Grundsätze der Bürgschaft, sei es direkt oder analog in Anwendung zu bringen sind, nur auf den § 1810 des privatrechtlichen Gesetzbuches, nicht aber auf den Art. 502 des schweizer. O.-R. abgestellt werden. Da es sich um die Wirkung des Garantievertrages handelt, so liegt die entscheidende juristische Thatsache in dem letztern selbst und ist folglich gemäß Art. 882 Absatz 1 auch nur das Vertragsrecht geltend, unter dessen Herrschaft derselbe geschlossen worden ist. (Siehe auch Schweizer Blätter für handelsrechtlicke Entscheidungen, Jahrgang 1885 pag. 104 und die dort erwähnten Citate).

2) Die Beklagte macht zunächst geltend, es sei die zeitliche Begrenzung der von ihr eingegangenen Garantieverpflichtung dahin zu verstehen, daß sie nur innerhalb der festgesetzten Zeitgrenze, also bis und mit dem 11. November 1885 aus derselben belangt werden könne und folglich mit dem Ablauf des letzten Tages der bezüglichen Frist frei werde, sofern bis dahin nicht der Konkurs des Briefschuldners herbeigeführt *und die Garantie ihr gegenüber geltend gemacht worden sei;* da das letztere unbe-

strittenermassen nicht geschehen ist, so glaubt sie die eingeklagte Verpflichtung ablehnen zu können. Dem gegenüber nimmt die Klägerin den Standpunkt ein, jene zeitliche Begrenzung habe bloß den Sinn, daß mit dem Ablauf derselben die Verpflichtung des Briefgläubigers zur Durchführung der Liquidation beginne, wobei zwar die letztere ohne erheblichen Verzug zu erfolgen habe, darüber aber, ob ein nachtheiliger Verzug eingetreten sei, dem richterlichen Ermessen vollständig freier Spielraum eingeräumt werden müsse. Beide Partheien leiten diese ihre Auffassung zunächst lediglich aus dem Inhalte der Verpflichtung selbst ab und bestreiten dabei, daß der letztern der Charakter einer Bürgschaft zukomme und folglich bei Feststellung des Vertragsinhaltes die Interpretationsbestimmung des § 1810 des pr. G.-B. zur Anwendung gebracht werden dürfe, dagegen will die Beklagte die letztere Bestimmung allerdings eventuell angewendet wissen. Bei dieser Sachlage ist es wohl richtig, wenn vorerst die Frage untersucht wird, ob sich die Garantieverpflichtung als eine Bürgschaft darstelle oder nicht. Dieselbe ist im Gegensatz zur erstinstanzlichen Auffassung zu verneinen. Entscheidend ist dabei allerdings durchaus nicht die Eigenthümlichkeit, daß die Garanten nur in ihrer Eigenschaft als Besitzer gewisser Grundstücke haften, die Verpflichtung also gleichsam an diese Eigenschaft geknüpft ist und mit derselben übergeht, (§ 23 des Bereinigungsgesetzes) denn nichts destoweniger haften die einzelnen Personen und nicht die Grundstücke, auf welche die Gläubiger in keiner Weise greifen können. Die Person des Garanten kann wechseln, gewiss aber kann auch an die Stelle des einen Bürgen ein anderer treten, falls der Bürgschaftsvertrag das vorsieht und vorgesehen kann das eben auch in der Weise sein, daß die Bürgschaftsverpflichtung an eine bestimmte Eigenschaft des Bürgen geknüpft wird, mit der sie auf eine neue Person übergehen soll. Was also der vorliegenden Garantieverpflichtung die Eigenschaft einer Bürgschaft benimmt, ist nicht die subjektive Seite derselben, wohl aber ihr objektiver Inhalt. Dieser geht dahin, im Konkurs des Briefsschuldners die Unterpfande der garantirten Darlehen um $^3/_4$ des ihnen beigelegten Schatzungswerthes, falls dieser nicht erlöst werden sollte, und damit auch die Darlehen selbst bis zum nämlichen Betrage zu übernehmen und nach Briefsinhalt zu verzinsen und zu bezahlen. Die Verpflichtung der Garanten geht also auf Pfand- und Schuldübernahme in gewissem Umfange und unter gewissen Voraussetzungen, sie treten kraft der Garantieverpflichtung nicht als Nebenschuldner in das Schuldverhältniß zwischen dem Briefgläubiger und dem Hauptschuldner in der Weise ein, daß sie subsidiär neben diesem für die Darlehensforderung einzustehen hätten, wie das beim Bürgen der Fall ist, sondern sie gehen die durchaus besondere, keineswegs accessorische, vielmehr selbständige Schuldverpflichtung ein, den Gläubigern für einen gewissen Deckungswerth der Unterpfande in der Weise einstehen zu wollen, daß sie letztere mit der Schuld bis auf den garantirten Betrag im Konkurse für den Fall zu übernehmen erklären, als nicht die ganze Forderung erlöst werden sollte. Diese Verpflichtung stellt sich nicht dar als eine Verstärkung der persönlichen Verbindlichkeit des Hauptschuldners, sondern vielmehr als eine Verstärkung der im Grundpfandrecht liegenden Sicherheit, sie ist ein Accessorium des Pfandrechtes und geht nicht auf Zahlung, sondern auf Uebernahme der Schuld mit dem Pfand und auch dieß nicht schlechthin im ganzeu Umfange der letztern, sondern bloß im Umfange des garantirten Schatzungswerthes, der auch unter dem Schuldbetrag stehen kann.

3) Die Annahme, daß der Garantieverpflichtung des Beklagten der Charakter einer Bürgschaft abgehe, hat zur Folge, daß bei Würdigung der darin enthaltenen zeitlichen Begrenzung die ergänzende Interpretationsbestimmung des § 1810 des pr. G.-B. zunächst und direkt nicht in Anwendung gebracht werden kann, allein damit ist die analoge Anwendung derselben noch nicht ausgeschlossen, immerhin aber darf diese nur dann herbeigezogen werden, wenn nicht der Garantievertrag selbst die erforderliche Klarheit darüber gibt, welche Meinung es

bei jener zeitlichen Begrenzung gehabt habe. Nun ist mit der Klägerin so viel als feststehend zu betrachten, daß man mit der Eingehung der Garantie auf eine bestimmte Zeit nicht sagen wollte, es müsse die Garantieverpflichtung selbst innerhalb dieser Zeit noch geltend gemacht werden; es erscheint vielmehr als das einzig Natürliche, diese Zeitbeschränkung dahin aufzufassen, daß die Fälligkeit der Forderung auf den genannten Termin herbeigeführt und die sofortige Liquidation begonnen und durchgeführt werden soll; die Erklärung, nicht über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus garantiren zu wollen, heißt so viel, daß das Schuldverhältniß mit diesem Zeitpunkt realisirt werden soll, es wird garantirt, daß eine sofort mit jenem Moment eintretende Liquidation den zugesicherten Deckungswerth ergeben werde. Es ist wohl zu berücksichtigen, daß es sich hier um die Garantie grundversicherter Forderungen handelt, deren Fälligkeit gewöhnlich durch vorangegangene halbjährige Kündigung herbeigeführt werden muß und daß folglich, wenn die Garantieverpflichtung selbst noch innerhalb der Garantiezeit geltend gemacht werden müßte, die Kündigung schon auf einen Termin zu erfolgen hätte, der es ermöglichen würde, den Schuldner noch vor dem Endpunkt der Garantiezeit in den Konkurs zu bringen und da letztere gewöhnlich auf Mai oder Martini fällt, die Fälligkeit der Schuld, die ebenfalls regelmässig nur auf Martini oder Mai herbeigeführt werden kann, ein volles Halbjahr früher eintreten müßte. Im vorliegenden Fall hätte also die Klägerin, um den Konkurs noch vor Martini 1885 herbeiführen zu können, schon mit Martini 1884 auf Mai 1885 künden müssen, allein das zu thun ist ihr gar nicht eingefallen und der Grund liegt ganz offenbar nicht etwa in einem bloßen Uebersehen, sondern in der durch die bisherige Praxis bestätigten und auf Grund derselben von den Verwaltungsorganen der Klägerin als unbestritten angesehenen Auffassung, daß die Terminirung der Garantie nur die Bedeutung der Festsetzung desjenigen Zeitpunktes habe, auf den die Fälligkeit der Forderung herbeigeführt und mit dem die sofortige Liquidation derselben beginnen soll. Ist das aber die landläufige und namentlich in der Praxis der Hypothekarbeamten feststehende Auffassung, so darf sie auch als den Garanten bekannt vorausgesetzt und von ihnen gewollt angesehen werden. Damit stimmt, daß der Endpunkt der Garantie gerade auf Martini, einen regelmäßigen Kündigungstermin für Schuldbriefe festgesetzt wurde, denn das kann nur in der Betrachtung geschehen sein, daß man als Endpunkt einen Termin wählen müsse, auf den die Fälligkeit der Forderungen herbeigeführt werden könne. Dem entsprechend haben die Beklagten die Frage der Garantieerneuerung auch erst im April 1885 ventilirt und am 3. Mai schrieb Gemeindammann Albrecht der Klägerin, sie solle zur Vorsorge die nöthigen Kündigungen ergehen lassen, auch er ging also davon aus, daß es genüge, wenn die Fälligkeit der Forderung auf den vorgesehenen Endtermin der Garantie herbeigeführt und dann liquidirt werde.

4) Aus dem Gesagten folgt bereits, daß dagegen der Klägerin insoweit nicht beigetreten werden kann, als sie die Terminirung der Garantie dahin verstanden wissen will, daß der Gläubiger erst vom Ablauf der Garantiezeit an künden müsse. Die Acceptation dieser Auffassung käme einer eigentlichen Erstreckung der Garantiezeit gleich, denn die Kündigung ist noch keine Liquidationshandlung, sondern höchstens eine Vorbereitung, die aber noch innerhalb der Garantiezeit vorgenommen werden soll.

5) Das Resultat dieser Ausführungen stellt die Willensmeinung der Contrahenten dahin fest, daß die Fälligkeit der garantirten Darlehen auf das Ende der Garantiezeit herbeigeführt und sodann die Liquidation sofort durchgeführt werden soll, ansonst die Garanten frei werden. Nun entsteht aber die schwierige Frage, wie die Verpflichtung, die Liquidation *sofort* durchzuführen, zu verstehen sei, ob es dabei die Meinung gehabt habe, es müsse die Betreibung im Sinne des § 1810 des pr. G.-B. innerhalb 6 Wochen vom Endtermin der Garantie an angehoben werden, oder ob und welche andere Vorstellung sich die Contrahenten von jener

Verpflichtung gemacht haben. Dießfalls fehlt es nun durchaus an allen positiven Anhaltspunkten für die Willensmeinung der Contrahenten und das Wahrscheinlichste ist wohl das, daß sie sich über diesen Punkt überhaupt keine besondere Rechenschaft gegeben haben. Indessen liegt der Grund wohl nur darin, daß man es als selbstverständlich angesehen hat, es müsse die Liquidation *sofort* beginnen und dieses „sofort" als genügend klar betrachtet wurde. Das letztere war nun allerdings nicht zutreffend, weil eben die Verhältnisse in verschiedenen Fällen wiederum ganz verschieden sein können, sodaß es möglich ist, daß, was man in einem Falle als „Verzug" erklärt, im andern als rechtzeitig geschehen betrachtet wird. Daran hat offenbar auch der Gesetzgeber gedacht, als er die Bürgschaft auf Zeit behandelte und deßhalb, um einerseits den Bürgen vor zu großer Verschleppung und anderseits den Gläubiger vor zu enger und vielleicht vielfach chicanöser Interpretation seiner Verpflichtung zu *sofortiger* Liquidation der Hauptschuld zu schützen, sowie auch um die Rechtssprechung zu vereinfachen, in dem § 1810 des pr. G.-B. eine Interpretationsregel dahingehend aufgestellt, die letztgenannte Verpflichtung sei so zu verstehen, daß die Einforderung der Hauptschuld innerhalb 6 Wochen vom Verfalltag an stattzufinden habe. Nun liegt allergings in koncreto, wie bereits ausgeführt, nicht eine eigentliche Bürgschaft vor, allein ein durchaus ähnliches Rechtsverhältniß ist die in Frage kommende Garantie denn doch und es trifft die soeben besprochene Ratio, welche dem § 1810 zu Grunde liegt, auf eine derartige zeitlich begrenzte Garantie in vollem Maße zu, die Anerkennung dieses Satzes aber muß die analoge Anwendung der genannten Gesetzesbestimmung auf den concreten Fall zur Folge haben.

5) Dieses Resultat muß nun aber zur Abweisung der Klage führen, soweit dieselbe nicht anerkannt ist und eine Anerkennung liegt nur bezüglich des Zinses vom 15. Juli 1884 bis 15. Juli 1885 vor. Die Partheien gehen nämlich darin einig, daß eine Betreibung für das Kapital innerhalb der 6 Wochen des § 1810 nicht erfolgt ist und folglich muß eben die Beklagte dießfalls als von der Garantie entlastet angesehen werden. Allerdings wäre es anders, wenn der Konkurs über die Briefschuldner noch innerhalb der 6 Wochen eröffnet worden wäre, wie das Bezirksgericht annimmt, denn sobald das Stadium, in welchem die Garantieverpflichtung wirksam werden soll, innerhalb der genannten Zeit eintritt, braucht es natürlich nicht mehr herbeigeführt zu werden, allein jene Annahme war eine irrthümliche, weil die 6 Wochen mit dem 23. Dezember abgelaufen sind, die Konkurseröffnung aber erst am 26. gl. Mts. erfolgte. Allerdings will nun die Klägerin bei Berechnung der 6 Wochen den Rechtsstillstand abziehen, allein das ist unzulässig, weil mit dem Gesetz, welches die 6wöchentliche Frist unbedingt vorschreibt, unvereinbar (siehe Ullmer Suple B. Nro. 3495, Erwägung 3).

Schluss:

1) Die Beklagte wird bei der in der Appellationsverhandlung abgegebenen Erklärung, daß sie anerkenne, der Klägerin den Jahreszins des 2830 Fr. haltenden Schuldbriefes vom 15. Juli 1884 bis 15. Juli 1885 schuldig zu sein, behaftet; — im Uebrigen ist die Klage abgewiesen.

2) Die Staatsgebühr wird auf 40 Fr. festgesetzt.

3) Die Kosten beider Instanzen sind der Klägerin aufgelegt, dagegen wird der Beklagten eine Prozeßentschädigung nicht zugesprochen.

4) Mittheilung.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. September 1886. V. Band. № 16.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell, Füssli & omp. in Zürich.

Urtheil

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 9. Juli 1886

in Sachen

S. Horwitz, Jttmanns Nachfolger, Abzahlungsgeschäft, Zentralhof Nr. 23 in Zürich, Klägers,

gegen

Schröter & Ramm, Abzahlungsgeschäft, Thalgasse 27, Zürich, Beklagte

betreffend

Firmaschutz und Kreditschädigung.

Der Art. 876 des O.-R. gewährt den Schutz der Firma nur gegenüber einer Beeinträchtigung, die wiederum in der Führung einer Firma liegt und nicht gegenüber einer solchen, die in andern Handlungen gefunden werden kann. Ob solche anderweitigen, nicht im Gebrauch einer Firma bestehenden, jedoch ebenfalls auf Verursachung von Verwechslungen mit einer andern Firma berechneten Handlungen, zum Schadenersatz berechtigen, beurtheilt sich lediglich nach Maßgabe der Art. 50 u. f. des O.-R. Haftpflicht aus concurrence déloyale.

Streitfragen:

1. Sind die Beklagten schuldig, dem Kläger gestützt auf Art. 876 des O.-R. eine Entschädigung von Fr. 1000 zu bezahlen?

2. Ist der Kläger berechtigt, den Beklagten den unbefugten Gebrauch der frühern J. Jttmann'schen Firma durch Zeitungsreklamen u. s. w. zu untersagen?

Thatsächliches:

A. Anfangs der 1880er Jahre gründete die in ihrer Branche, wie es scheint, weitbekannte Firma „J. Jttmann" unter ihrem Namen in Zürich ein sog. „Abzahlungsgeschäft", das sie durch einen Angestellten Damitt besorgen ließ, d. h. einen Laden zum Kleinverkauf von Kleidern und Hausgeräthen auf Kredit und gegen ratenweise Abzahlung, jedoch unter einstweiligem Eigenthumsvorbehalt; ihr Geschäftslokal war Zentralhof Nr. 23. Am 5. Nov. 1885 ging das Etablissement durch Kauf an den heutigen Kläger über, der dasselbe laut publizirtem Handelsregistereintrag unter der Firma „S. Horwitz, *J. Jttmann's Nachfolger in Zürich*" in gleicher Weise fortführte. — Der beklagte Adolf Schröter war unbestrittenermaßen bis dahin im Geschäft Buchhalter gewesen, er verließ dasselbe nunmehr und gründete in

Verbindung mit der Mitbeklagten Fräulein Amalia Ramm die Firma Schröter & Ramm, mit Hauptniederlassung in Basel und Filialen in Zürich, Thalgasse 27, und in Winterthur, zur Führung von Abzahlungsgeschäften; und zwar war das Hauptetablissement in Basel laut Eintrag im Handelsregister Nachfolger des auf dortigem Platz von J. Jttmann gegründeten Abzahlungsgeschäftes, während für die Filialen in Zürich und Winterthur ein Nachfolgeverhältniß mit Bezug auf das frühere Jttmann'sche Geschäft in Zürich anerkanntermaßen nicht bestand.

B. In einem gedruckten Circular ohne Datum zeigten die Beklagten ihre Etablirung in Zürich an, darin wurde zur Empfehlung hingewiesen auf die „fünfjährige Thätigkeit" des Associe Schröter im Hause des Herrn J. Jttmann. Dieser Umstand wurde dann auch in spätern Zeitungsinseraten stets hervorgehoben, so namentlich unterm 7. November 1885 in der Geschäftseröffnungsanzeige im Tagblatt der Stadt Zürich, indem man sich damit an die Bekannten des Herrn Schröter wendete, mit dem Bemerken, „es würde ihm eine ganz besondere Freude bereiten, Freunde und Gönner, sowie seine frühern Kunden als treue Käufer begrüssen zu dürfen". — Diese Inserate wurden dann in vielversprechendem, marktschreierischem Tone in der genannten Zeitung fortgesetzt. Schon in einem solchen vom 10. Nov. 1885 findet sich weiter die Ankündigung: „alte Kunden, welche sich durch das Kontrabuch aus dem frühern Geschäft von J. Jttmann ausweisen können, *Ohne jede Anzahlung*" (letzteres fett gedruckt). Die gleiche Bemerkung enthält ein Inserat vom 5. Dez. 1885, dabei war „J. Jttmann" schon in grössern Lettern gedruckt, und die ganze Notiz durch ihre Stellung mehr in die Augen gerückt.

C. Mit charg. Brief vom 5. Dez. 1885 machte der Kläger die Beklagten darauf aufmerksam, daß diese Bezugnahme auf das Jttmann'sche Geschäft unzulässig sei, und verlangte künftige Unterlassung derartiger Reklame. — Dies war insoweit von Erfolg, als in weitern Publikationen der beanstandete Passus weggelassen wurde, so in denen vom 19. Dez. 1885; dagegen erschien derselbe wieder in einem Inserate vom 20. März 1886, zwar in weniger auffälliger Form und kleinerer Schrift seitlich eingeschoben, aber mit Fettdruck des Namens J. Jttmann. Ferner ist dabei der wie es scheint den Publikationen des Beklagten eigenthümliche Satz aufgenommen: „Alte Kunden ohne Anzahlung." — „Neue Kunden mit geringer Anzahlung."

D. Der Kläger behauptet, die Beklagten haben ihm auch weiterhin mit unerlaubten Mitteln Konkurrenz gemacht und führt an: Schröter habe bei seinem Austritt aus dem Jttmann'schen Geschäft die bisherigen Angestellten desselben wegzulocken und für sich zu engagiren gewußt, dieselben seien dann freilich mit Ausnahme eines Einzigen wieder ins alte Geschäft zurückgekehrt. Ferner seien dem Kläger Anfangs Juni 1886 vom Postboten zwei Briefe abgegeben worden mit der Adresse: „Herrn Adolf Schröter, J. Jttmann's Nachfolger in Zürich"; dies beweise, daß Schröter sich in seinen Namensunterschriften letzteres Nachfolgerverhältniß angemaßt habe. Endlich sei ein vom Kläger engagirter und mit einem Kontrabuch des Jttmann'schen Geschäftes versehener Kunde, Weingart in Außersihl, mit jenem Buch statt ins klägerische Geschäft irrthümlicher Weise in dasjenige der Beklagten gekommen, habe dort, ohne seinen Irrthum zu bemerken, einen Anzug gekauft, und es sei ihm ohne weiteres ein Kontrabuch des Beklagten statt des Jttmann'schen, mit dem Rechnungseintrag zurückgegeben worden; als dann Weingart einige Tage später von einem Angestellten des Klägers auf die Verwechslung aufmerksam gemacht worden, habe er das Geschäft bei den Beklagten annulliren wollen, diese aber haben sich auf Nichts eingelassen und das Jttmann'sche Büchlein behalten. Dadurch sei dem Kläger ein Gewinn von mindestens 100 Fr. entgangen. Von dem Beklagten werden indeß diese Behauptungen bestritten.

E. Unterm 26. Juni 1886 reichte der Vertreter des Klägers bei diesseitigem Gericht friedensrichterliche Weisung mit der ersten der beiden Eingangs genannten Streitfragen ein, und nachdem sodann die Referentenaudienz stattgefunden hatte, brachte er eine

Nachtragsweisung mit der zweiten Streitfrage zu den Akten, zur gemeinsamen Behandlung mit der ersten. Weiterhin hatte er in der Referentenaudienz eine neue Weisung, worin von den Beklagten wegen des Vorganges mit Weingart auf Grund von Art. 50 ff. des O.-R. Fr. 200 als Schadenersatz verlangt wurden, zur Verbindung mit dem gegenwärtigen Prozeß vorgelegt; dieselbe wurde ihm aber zurückgegeben, da letzteres Rechtsbegehren auf ein von den beiden erstgenannten ganz verschiedenes thatsächliches und rechtliches Klagefundament, und zwar den Vorwurf des Betruges gestützt wurde, (§ 240 des Rechtspflegegesetzes) der Vertreter des Klägers verwendete indeß jenen behaupteten Vorfall mit Weingart heute auch zur Begründung des den Gegenstand des vorliegenden Prozesses bildenden Rechtsbegehrens. Derselbe beantragte Gutheissung der Klage in beiden Richtungen, unter Kostens- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten. Der Vertreter der Letztern erklärte hinsichtlich der zweiten Streitfrage, die Beklagten machen sich anheischig, die von dem Kläger beanstandete Bezugnahme auf das frühere Jttmann'sche Geschäft nicht mehr zu gebrauchen. Bezüglich des Anspruches auf Schadenersatz trug derselbe auf Abweisung an, erhob indeß in erster Linie die Einrede der Incompetenz des Handelsgerichtes, indem die angefochtenen Publikationen jedenfalls nur unter dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung im Sinne von Art. 50 und ff. des O.-R. in Betracht kommen können, deren Beurtheilung aber Sache der ordentlichen Gerichte sei. Hiebei ist aber zu bemerken, daß die Weisung zu Streitfrage 1 ausdrücklich erwähnt, die beklagte Partei habe sich mit der Kompetenz des Handelsgerichtes einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe:

1. Das einzig noch im Streite liegende Rechtsbegehren auf Schadenersatz wurde schon laut Weisung darauf gestützt, daß die Beklagten sich in unbefugter Weise den Gebrauch der klägerischen Firma angemaßt haben, und daher Art. 876 des O.-R. angerufen. Läge das thatsächliche Klagefundament dieser Gesetzesstelle vor, so könnte über die Kompetenz des Handelsgerichtes als ordentlichen Fachgerichtes im Sinne von §§ 95 und 96 des Rechtspflegegesetzes gemäß frühern Entscheidungen kein Zweifel obwalten. Was indeß der Kläger als Klagethatsachen geltend macht, besteht, wenn man von dem Vorfall Weingart, der zum Gegenstand eines besondern Verfahrens gemacht wurde, hier also nicht zu berücksichtigen ist, sowie ferner von der durch Nichts bewiesenen Behauptung, daß Schröter sich mit dem Zusatz „J. Jttmann's Nachfolger in Zürich" unterzeichnet habe, absieht, lediglich in den oben in Fact. B. und C. bezeichneten Publikationen im Zürcher Tagblatt. Die beanstandeten Stellen in diesen Ankündigungen sind nun aber keineswegs die von den Beklagten geführte Firma, auch nicht in dem Sinne, daß sie als Zusätze im Sinne von Art. 868 des O.-R. in dieselbe aufgenommen wären; denn als Firmabezeichnung führten die Beklagten stets nur die Worte „Schröter & Ramm", laut dem Ragionenbuch noch mit dem Beisatz „Filiale Zürich", den aber die Publikationen nicht enthalten. Es frägt sich demnach, ob der Kläger zum Schutze seiner Firma sich auf Art. 876 des O.-R. auch dann berufen könne, wenn er eine Beeinträchtigung derselben in andern Handlungen, als der Führung einer Firma erblickt. Dies ist aber zu verneinen. Genannte Gesetzesstelle spricht zunächst im ersten Satz das ausschließliche Recht des Inhabers einer im Handelsregister eingetragenen und im Handelsamtsblatt veröffentlichten Firma zum Gebrauche derselben aus, und wenn sodann im zweiten Satz vom „*unbefugten Gebrauch einer Firma*" und von den Ansprüchen zum Schutze hiegegen die Rede ist, so kann schon nach diesem Zusammenhang, namentlich aber mit Rücksicht darauf, daß das mit dem Schadenersatzanspruch konkurrirende Verbietungsrecht lediglich auf »Unterlassung der *weitern Führung der Firma*« bezogen wird, nicht daran gedacht werden, daß auch anderweitige Handlungen, außer der Führung einer Firma, unter jene Vorschrift zu beziehen seien. Hiemit steht auch die historische Entwicklung der gesetzlichen Vorschriften über den Firmaschutz im Allgemeinen, welche bisher ledig-

lich zum Verbote gleichlautender oder zum Verwechseln ähnlicher *Firmen* gelangt ist, sowie speziell die Auffassung überein, welche dem mit Art. 876 des O.-R. inhaltlich übereinstimmenden Art. 27 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches in der Praxis zu Theil wurde.

2. Kann sich der Kläger demnach nicht auf Art. 876 des O.-R. berufen, so bleibt ihm als zivilrechtlicher Titel nur derjenige von Art. 50 u. f. des O.-R., nämlich einer unerlaubten, widerrechtlichen Handlungsweise. Die bezüglichen Gesetzesvorschriften sind, obwohl vom Vertreter des Klägers nicht angerufen, von Amtswegen anzuwenden, sofern das Gericht zur Behandlung des daraus abzuleitenden Anspruches als kompetent erscheint. Hier ist von maßgeblicher Bedeutung, daß die Beklagten, wie durch die Weisung festgestellt wird, sich vor Friedensrichteramt mit der Entscheidung des Streites durch diesseitiges Gericht ausdrücklich einverstanden erklärten. Es darf dies nicht etwa, weil die Weisung in der Streitfrage ganz unnöthiger Weise den Art. 876 nennt, bloß auf die Beurtheilung der Anwendung letzterer Stelle bezogen werden, sondern offenbar wurde jene Anerkennung überhaupt mit Bezug auf den eingeklagten *Schadensersatzanspruch* aus den in Frage stehenden Zeitungsankündigungen ausgesprochen. Dem Gericht liegt demnach eine sog. prorogatio fori vor, und dasselbe ist somit, unter der weitern Voraussetzung, daß es die nöthige Gerichtsbarkeit hinsichtlich der Sache bezw. der Natur des Prozesses hat, kompetent. In dieser Hinsicht treffen nun zwar die §§ 95 und 96 des Rechtspflegegesetzes, welche die ordentliche Jurisdiktion des Handelsgerichtes bezeichnen, nicht zu, wohl aber steht nach der Auffassung, welche das Gericht in frühern Entscheidungen dem Ausdruck „Handelsstreitigkeiten" in § 102 des Gesetzes gegeben hat, Nichts entgegen, daß dasselbe den Streit in schiedsgerichtlicher Stellung beurtheile; denn es wurde jener Begriff, im Gegensatz zu §§ 95 und 96 von jeher in weitestem Sinne aufgefaßt und auch auf Klagen aus unerlaubten Handlungen, ja sogar Delikt be-‑en, falls dieselben in naher Beziehung zu einem Verkehre kaufmännischer Natur standen, was sich gerade von dem hier im Streite liegenden Verhältnisse jedenfalls sagen läßt. (Siehe namentlich Urtheil vom 31. August 1882 i. S. Müller-Staub und Cons. contra Schuler-Schmid und Sträuli Kommentar, zu § 102, Nr. 22.)

3. Die Zeitungsinserate der Beklagten, aus welchen der Kläger einen Schadensersatzanspruch herleitet, zeigen unverkennbar die Absicht jener, sich des Kredites theilhaftig zu machen, den das frühere Jttmann'sche Geschäft besass; widerrechtlich war die Ausführung dieser Absicht insofern, als dabei mit unerlaubten Mitteln vorgegangen wurde. Was nun das von den Beklagten hiezu verwendete Mittel der Zeitungsreklame anbelangt, so darf dieses als erlaubt gelten, so lange nicht entweder in der Form ehrverletzende oder inhaltlich unwahre, einem Dritten schädliche Ankündigungen gemacht werden. Hier kommt lediglich letztere Beziehung in Frage und zwar, ob nicht die Beklagten sich unwahrer Weise als Nachfolger Jttmann's in Zürich ausgegeben haben, während dieses Nachfolgeverhältniß, wie ihnen sehr wohl bekannt war, ausschließlich dem Kläger zustand. Wenn man nun in Betracht zieht, daß derartige öffentliche Ankündigungen mit Bezug auf ihre Bedeutung offenbar in dem Sinne genommen werden müssen, den das Publikum, für welches dieselben bestimmt sind, nach der ihm eigenen Urtheilskraft und zwar in Verbindung mit den Umständen, daraus lesen wird, so muß jene Frage bejaht werden. Zwar enthalten die hier namentlich in Betracht fallenden Annoncen vom 10. Nov. 1885 und 20. März 1886, indem sie den „alten Kunden, welche sich durch das Kontrabuch aus dem frühern Geschäft von J. Jttmann ausweisen können", die Lieferung von Waaren ohne jede Anzahlung versprechen, objektiv genommen, nichts Unwahres; allein die Beklagten konnten sich nicht verhehlen, daß das durchschnittlich wenig gebildete und bei Würdigung solcher Annoncen sehr unsorgfältige Publikum, welches die Kundsame derartiger Kreditgeschäfte zu bilden pflegt, die Ankündigung in dem Sinne auffassen werde, die Beklagten stehen in irgend einem

Nachfolgeverhältniß zum frühern Jttmann'schen Geschäft in Zürich, sei es allein oder neben dem Kläger; daß die Absicht der Beklagten dahin ging, diese Auffassung zu erwecken, ist aus der raffinirten Art, mit welcher die Stellen „alte Kunden", „J. Jttmann" im Druck hevorgehoben, und mit der Berufung auf das Kontrabuch letzterer Firma verflochten werden, unschwer ersichtlich; es ist aber auch durch ausglaubhaft, daß die erstrebte irrige Auffassung bewirkt wurde, insbesondere auch, da derselben einige Nebenumstände noch günstig waren, wie die Gleichartigkeit der beiden Konkurrenzgeschäfte in der Branche und den äußern Formen, die gleichzeitige Etablierung derselben, die frühere Wirksamkeit des Beklagten Schröter im Jttmann'schen Geschäft, dessen Nachfolgeverhältniß zu dem frühern Jttmann'schen Geschäft in Basel, und endlich die Gleichartigkeit mancher Ausdrücke in den Inseraten der beiden Konkurrenzgeschäfte, welche wohl kaum auf Zufall beruht. Unter diesen Verhältnissen erscheint die den Beklagten jedenfalls zur Last fallende „concurrence déloyale" als eine *widerrechtliche* Handlungsweise und dieselbe verpflichtet daher die Beklagten gemäß Art. 50 ff. des O.-R. dazu, dem Kläger den ihm dadurch verursachten Schaden zu ersetzen. (Siehe Urtheile des Bundesgerichtes vom 4. Juli 1884 1. S. Suter ca. Ineichen, A. S., Bd. X, S. 358 ff. und vom 22. Mai 1886 i. S. Strutt ca. Spinnerei Niederuster.) Daß dem Kläger dadurch ein Schaden thatsächlich entstanden sei, ist ohne Weiteres anzunehmen, nachdem davon ausgegangen wird, daß jene Zeitungsinserate geeignet waren, in der Kundsame der Geschäftsbranche den Glauben zu erwecken, die Beklagten seien Nachfolger Jttmann's in Zürich; denn bis zum Beweise des Gegentheils, der aber hier nicht einmal versucht wurde, ist unter diesen Umständen wahrscheinlich, daß Kunden, die sich an den Nachfolger des frühern Jttmannschen Geschäftes wenden wollten, bei den Beklagten statt beim Kläger Einkäufe machten, und dem Letztern dadurch in Folge Entzuges des damit verbundenen Gewinnes ein Vermögensnachtheil, indirekter Schaden entstand. Für die Werthbestimmung des letztern muß beim Mangel näherer Anhaltspunkte das richterliche Ermessen im Sinne von Art. 51 eintreten, d. h. in Würdigung sowohl der Umstände als der Größe des Verschuldens. Wenn hiebei namentlich in Betracht fällt, daß sowohl der Umfang des klägerischen Geschäftes als auch desjenigen der Beklagten offenbar kein sehr bedeutender ist, so erscheint als Schadensersatz die Summe von Fr. 200 angemessen. Der Kläger konnte indeß nach der Natur der Forderung dieselbe nicht zum Voraus mit Genauigkeit beziffern, und da der verlangte Betrag von Fr. 1000 nicht ganz offenbar übersetzt genannt werden kann, so sind trotz seines theilweisen Unterliegens sämmtliche Kosten den Beklagten aufzulegen und ist ihm eine Prozeßentschädigung diesen gegenüber gutzuheißen. (§ 272 S. 2 des Rechtspflegegesetzes.)

Schluss:

1. Die Beklagten sind bei ihrem Anerbieten, sich künftig des Gebrauches des Namens Jttmann bei den Empfehlungen ihrer Firma zu enthalten, behaftet.
2. Die Beklagten sind verpflichtet, dem Kläger 200 Fr. Schadenersatz zu bezahlen, im weitern Betrag ist die Klage abgewiesen.
3. Die Staatsgebühr wird auf 90 Fr. festgesetzt.
4. Die Kosten sind den Beklagten aufgelegt.
5. Dieselben haben dem Kläger eine Prozeßentschädigung von 50 Fr. zu bezahlen.
6. Mittheilung.

Bestätigung des schon früher (siehe Bd. IV dieser Blätter p. 361) ausgesprochenen Grundsatzes, dass Art. 294 des O.-R. dem Vermiether das Retentionsrecht an fremden Sachen nur für den Zins bis zu demjenigen Zeitpunkt gewähre, auf welchen er nach empfangener Kenntniss vom Eigenthum des Dritten die Auflösung des Miethverhältnisses laut Vertrag oder Gesetz herbeizuführen in der Lage ist. (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 3. Juli 1886. Frau Spörri-Brenner ca. Schaub-Heid.)

Eine Frau Zingg zog am 1. Oktober 1885 bei Schaub-Heid an der Schützengasse, Zürich

als Mietherin ein. Der jährliche Zins war festgesetzt auf 850 Fr., zahlbar in vierteljährlichen Raten von 212 Fr. 50 mit Neujahr, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober. *Für den Fall unpünktlicher Zinsung gibt der Vertrag dem Vermiether das Recht, die sofortige Räumung der Miethobjekte zu verlangen.* Die von Frau Zingg in die Miethräume eingebrachten Illaten waren zum größten Theil nicht ihr Eigenthum, sondern gehörten der Möbelvermietherin Frau Spörri-Brenner, von welcher jene dieselben gemiethet hatte. Davon wußte indeß der Wohnungsvermiether Schaub-Heid beim Antritt der Miethe (1. Oktober) nichts, er vernahm es erst am 15. Oktober, also zwei Wochen nach dem Einzug der Frau Zingg, indem ihm an diesem Tage eine bezügliche Anzeige der Eigenthümerin Frau Spörri-Brenner insinuirt wurde. Sofort nach Empfang dieser Anzeige kündete er den Miethvertrag auf den 1. April 1886, also den nächstliegendsten, vertraglich zulässigen Termin. Die am 1. Januar 1886 verfallene Miethzinsrate von 212 Fr. 50 wurde von der Mietherin nicht bezahlt und es stellte deßhalb der Vermiether am 6. Januar beim Bezirksgerichtspräsidium Zürich das Gesuch um sofortige Ausweisung derselben gestützt auf die citirte Vertragsbestimmung, daß unpünktliche Zinsung zur sofortigen Vertragsauflösung berechtige. Am 8. Januar soll Frau Zingg für die 212 Fr. 50 Deckung gegeben haben, — wie, ist den Akten nicht mit Sicherheit zu entnehmen, — und am 11. Januar bezahlte sie den Betrag, worauf der Gläubiger sein Ausweisungsbegehren zurückzog. Am 1. April 1886 zog Frau Zingg aus, jedoch ohne die für das zweite Vierteljahr (1. Januar bis 1. April 1885) verfallene Miethzinsrate von 212 Fr. 50 zu bezahlen. Deßhalb wirkte Schaub-Heid eine Retentionsbewilligung aus, Frau Spörri-Brenner bestritt jedoch das Retentionsrecht an den ihr eigenthümlich gehörenden Gegenständen, bewirkte die Aushingabe derselben gegen Desposition des Miethzinsbetrages und leitete sodann gegen den Vermiether Klage ein über die Streitfrage, ob sie nicht berechtigt sei, das Despositum von 212 Fr. 50 wieder zurückzuziehen. Ihr Hauptstandpunkt ging dahin, der Beklagte könne für den Zins vom 1. Januar bis 1. April ein Retentionsrecht an ihrem Eigenthum deßwegen nicht geltend machen, weil er Anfangs Januar die Möglichkeit der *sofortigen* Auflösung des Miethverhältnisses gehabt habe und diese herbeizuführen Angesichts der Kenntniß ihres Eigenthums verpflichtet gewesen sei. Mit Urtheil vom 7. Mai 1886 hieß das Bezirksgericht Zürich den Retentionsanspruch des Beklagten gut und verwarf deßhalb die auf Herausgabe der deponirten 212 Fr. 50 gerichtete Klage und zwar gestützt auf folgende Sätze:

1. Das dem Vermiether gemäß Art. 294 des O.-R. zustehende Retentionsrecht gelangt mit dem Zeitpunkt des thatsächlichen Beginnes des Miethverhältnisses (Bezug der Wohnung) zur Existenz, denn mit diesem Zeitpunkt hat der Vermiether die Erfüllung seiner Verpflichtung, bestehend in der Gewährung der Benutzung der Wohnung begonnen und dadurch das durch den Vertragsabschluß begründete Recht auf Zahlung des Miethzinses, zu dessen Sicherung das Retentionsrecht gegeben ist, erworben; das einmal erworbene Recht konnte nun aber dadurch nicht hinfällig werden, daß der Beklagte 15 Tage nach dessen Erwerb durch die Klägerin Anzeige davon erhielt, daß sie Eigenthümerin der streitigen Mobilien sei.

2. Das Retentionsrecht steht dem Beklagten aber auch für den vom 1. Januar bis 1. April d. J. verfallenen Miethzins zu, weil sich dasselbe auch auf den laufenden Miethzins erstreckt. Die Klägerin als Vindicantin der Mobilien war nicht befugt, sich in das zwischen dem Beklagten und Frau Zingg bestandene Miethverhältniß einzumischen und von dem Erstern zu verlangen, daß er von einem ihm der Mietherin gegenüber zustehenden vertraglichen Rechte Gebrauch mache, es stand demselben vielmehr frei, auf die Ausübung dieses Rechtes zu verzichten und sich mit der Mietherin über die Fortdauer des Miethverhältnisses zu einigen; auf Grund dieser neuen Vereinbarung gilt das bereits entstandene Retentionsrecht bis zur Beendigung des Miethsverhältnisses zu Gunsten des Beklagten fort. Die gegentheilige, von der

Klägerin vertretene Auffassung entbehrt jedes rechtlichen Haltes und widerstreitet dem Rechtssatze, daß nur ein Contrahent von seinem Mitcontrahenten Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung fordern, nicht aber ein ausserhalb des Vertragsverhältnisses stehender Dritter den einen Contrahenten in seinem Interesse zur Ausübung eines ihm gegenüber dem andern Contrahenten vertraglich eingeräumten Rechtes zwingen kann.

Jm gegentheiligen Sinne entschied die Appellationskammer des Obergerichts, indem sie den Retentionsanspruch des Beklagten verwarf und demzufolge die Klage guthiess.

Gründe:

1. Da die von der Klägerin hinterlegte Baarschaft an Stelle der vom Beklagten zurückbehaltenen Gegenstände getreten ist, hängt die auf Herausgabe derselben gerichtete Klage einfach davon ab, ob Klägerin mit Recht unbeschwerte Anhingabe der Gegenstände gegenüber dem Beklagten hätte fordern können oder nicht; ist diese Frage zu bejahen, so folgt daraus auch ohne Weiteres die Gutheissung, ist sie zu verneinen, die Verwerfung der Klage.

2. Einem solchen Anspruch hätte nun allerdings zunächst der Umstand entgegengestanden, daß sich das Retentionsrecht des Vermiethers gemäß Art. 294 des O.-R. auch auf Sachen dritter Personen erstreckt, sofern derselbe nicht gewußt hat oder hat wissen müssen, daß diese nicht dem Miether gehören, und der Beklagte vom Eigenthum der Klägerin an den in Frage kommenden Gegenständen unbestrittenermaßen erst 2 Wochen *nach* dem Einzug der Frau Zingg Kenntniß erhalten hat, währenddem sein Retentionsrecht schon *mit* dem Einzug entstanden ist, denn daraus folgt allerdings, daß wenn weiter nichts vorliegen würde als die Thatsache des Eigenthums der Klägerin an den fraglichen Jllaten, die verspätete, erst im Laufe der Miethzeit vorgenommene Kenntnißgabe dieser Thatsache an den Beklagten und die darauf erfolgte Kündigung der Miethe durch den Letztern auf den nächstliegenden vertraglich vorgesehenen Termin, den 1. April 1886, dieser zweifellos berechtigt gewesen wäre, zur Deckung des rückständigen Miethzinses auf die der Klägerin gehörenden Sachen zu greifen und demgemäß die Klage hätte verworfen werden müssen.

4. Allein dem gegenüber macht nun die Klägerin mit Recht geltend, daß der Beklagte das Retentionsrecht, — das nach den Bestimmungen des O.-R. zunächst ein persönlicher Anspruch auf Deckung ist und erst dinglichen Charakter erhält, wenn der Vermiether auf die Fahrhabe des Miethers greift, — bezüglich der der Klägerin gehörenden Sachen vor Ablauf des Miethvertrages mit Frau Zingg dadurch verloren habe, daß die letztere Anfang Januar 1886 mit der Zahlung des damals verfallen gewesenen einvierteljährlichen Miethzinses im Verzug gewesen sei und der Beklagte von der unter dieser Voraussetzung nach dem Miethvertrag ihm zugestandenen Berechtigung, die sofortige Räumung der Miethsobjekte zu fordern und in dieser Weise das Ende der Miethe herbeizuführen, keinen Gebrauch gemacht habe.

5. In thatsächlicher Beziehung ist nämlich der Zahlungsverzug der Frau Zingg unzweifelhaft hergestellt und das dadurch begründete Recht des Vermiethers, die sofortige Räumung des Miethobjektes zu verlangen, ist dem Beklagten auch durch die Annahme der verspäteten Zahlung nach mehrfachen gerichtlichen Entscheiden nicht verloren gegangen. Rechtlich aber ist in Uebereinstimmung mit einer frühern Entscheidung dießseitiger Stelle in Sachen Spahn ca. Krauer vom 14. November 1885 (abgedruckt in den Schweizer Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. IV Seite 361) zu sagen, daß durch Art. 294 des O.-R. dem Vermiether die Ausübung des Retentionsrechtes an fremden Sachen nur auf die Zeit hat zugesichert werden wollen, während welcher er vertraglich gehalten ist, dem Miether das Miethobjekt zum Gebrauche zu überlassen und die Gefahr, daß der Zins nicht richtig bezahlt werde, zu laufen und daß diese rechtliche Verpflichtung für den Beklagten nur bis Anfang Januar 1886, d. h. bis zu dem Zeitpunkte, zu welchem er wegen des der Frau Zingg zur Last fallenden Zahlungsver-

zuges deren Ausweisung zu fordern berechtigt war, bestanden hat.

6. Es liegen keine genügenden Gründe vor, um von der in jener frühern Entscheidung ausgesprochenen Rechtsanschauung abzugehen. Zwar weist der Wortlaut des Art. 294 darauf hin, das Gesetz habe bei der Vorschrift, daß das Retentionsrecht des Vermiethers sich auch auf Sachen dritter Personen erstrecke, sofern er nicht gewußt oder habe wissen müssen, daß diese nicht dem Miether gehören, den Beginn der Miethe im Auge gedabt, den Zeitpunkt, zu welchem die Sachen in die Miethräume gebracht worden sind und mit welchem auch das Retentionsrecht als persönlicher Anspruch aut Deckung entstanden ist.

Allein die Gründe, welche die Geltung dieser Vorschrift für den Anfang der Miethe rechtfertigen, treffen auch zu, wenn der Miether im Laufe der Miethzeit Gelegenheit hat, die Auflösung der Miethe herbeizuführen und diese unbenützt läßt. Wie im erstern Fall der Vermiether, der schon beim Beginn der Miethe gewußt hat, daß die vom Miether eingebrachten Gegenstände Eigenthum eines Dritten seien, der Eigenthumsklage des Letztern nicht im guten Glauben die Einrede entgegenhalten kann, er habe den Miether im Vertrauen darauf, daß die Illaten zur Deckung des Miethzinses beansprucht werden können, einziehen lassen, so wenig kann er sich, wenn er später, trotz inzwischen erlangter Kenntniß dessen, daß die Illaten Eigenthum eines Dritten sind, die Miethe friwillig fortsetzt, im guten Glauben darauf berufen, er habe dieß in jenem Vertrauen gethan.

7. Offenbar ist nur aus Billigkeitsrücksichten bei Erlaß des Obligationenrechtes nicht gemäß der früher allgemein anerkannten Rechtsanschauung bestimmt worden, daß wenn der Vermiether erst im Laufe des Miethverhältnisses Kenntniß davon erhalte, daß die vom Miether eingebrachten Sachen einem Dritten seien, mit dem Augenblicke der Erlangung dieser Kenntniß das Retentionsrecht untergehe, solche Billigkeitsrücksichten fallen aber nicht erst dahin, wenn der Vermiether nach Ablauf der verabredeten Miethzeit den Miethvertrag erneuert, sondern auch schon dann, wenn er unterläßt, ein ihm vertraglich eingeräumtes Recht der Kündung auszuüben oder wenn er von dem ihm durch Vertrag oder Gesetz (Art. 287) zugesicherten Recht, wegen ungenauer Entrichtung des Miethzinses die Ausweisung des Miethers zu verlangen, keinen Gebrauch macht.

Selbstverständlich steht es dem dritten Eigenthümer der im Besitze des Miethers befindlichen Sachen nicht zu, den Vermiether zur Ausübung der letzterwähnten Rechte zu zwingen, so wenig als ihn nach Ablauf der verabredeten Miethezeit an der Erneuerung der Miethe zu hindern, dagegen kann eben der Vermiether, wenn er vorzieht, von den bezeichneten Rechten keinen Gebrauch zu machen, jene Billigkeitsrücksichten nicht mehr für sich in Anspruch nehmen und sich nicht mehr auf den zur Ausübung des Retentionsrechtes erforderlichen guten Glauben berufen.

Anmerkung der Redaktion: Der vorstehende Entscheid lehnt sich, wie aus der Begründung ersichtlich, an das unterm 14. November 1885 ebenfalls von der Appellationskammer des hiesigen Obergerichtes in Sachen Spahn ca. Krauer erlassene Urtheil an. Der Leser wird sich erinnern, daß wir anläßlich der Mittheilung jenes Urtheils in einer Anmerkung die gegentheilige Ansicht in dem Sinne vertraten, daß das Retentionsrecht auch für den Zins über die Zeit hinaus, auf welche der Vermiether nach empfangener Kenntniß vom Eigenthum des Dritten die Auflösung des Miethverhältnisses herbeizuführen in der Lage war, hätte geschützt werden sollen. Wie es scheint, sind die dort von uns angeführten Gründe nicht als durchschlagend erachtet worden und so wird es denn einstweilen als zürcherische Praxis gelten müssen, daß der Vermiether ein Retentionsrecht an fremden Sachen nur für den Zins bis zu demjenigen Zeitpunkt beanspruchen kann, bis zu welchem er das Miethverhältniß nach empfangener Anzeige vom Eigenthum des Dritten noch fortdauern lassen mußte. Wir sind auch heute noch nicht überzeugt von der Richtigkeit dieser einschränkenden Auslegung des Art. 294

des O.-R., könnten aber eben so wenig der anläßlich der Publikation des Urtheiles i. S. Spahn ca. Krauer von Herrn Dr. Hans Streuli, dem Verfasser einer vorzüglichen Schrift über „das Retentionsrecht nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht“ im „Gerichtssaal“ vertheidigten Ansicht beitreten. Herr Dr. Streuli führt nämlich aus, der gute Glaube des Vermiethers, daß die vom Miether eingebrachten Gegenstände auch dessen Eigenthum seien, bilde eine Voraussetzung für das Retentionsrecht des Vermiethers genau so, wie das Vorhandensein der Sachen in den vermietheten Räumen und wie nun die Befugniß zu retiniren wegfalle, wenn die Sachen aus den letztern entfernt werden, so falle sie bezüglich der fremden Illaten auch weg, wenn der gute Glaube aufhöre. In der Anzeige eines Dritten, daß die und die vom Miether eingebrachten Gegenstände nicht diesem, sondern ihm, dem Anzeigenden, gehören, liege ein Entzug der Retentionsbefugniß und gegen diesen müsse der Vermiether durch die Geltendmachung seines Rechtes reagiren, ansonst er dasselbe verliere. Weil im Falle Spahn ca. Krauer der Vermiether nach empfangener Anzeige von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht, so habe er dasselbe eben verloren und folglich hätte es ihm auch nicht einmal zugestanden werden sollen für die Zeit bis zum Empfang der Anzeige. Dem gegenüber sei Folgendes bemerkt: Gerade der Hauptsatz dieser Argumentation, daß der Wegfall des guten Glaubens gleich wie der Wegfall der Detention an der Sache den Untergang *der bereits erworbenen* Retentionsbefugniß zur Folge habe, ist unseres Erachtens ein irrthümlicher. Diese beiden Fälle dürfen nicht auf die gleiche Linie gestellt werden. Ganz klar ist allerdings, daß der Verlust der Detention nicht nur das Entstehen der Retentionsbefugniß hindert, sondern, wenn und soweit dieselbe bereits entstanden ist, auch deren völligen Untergang nach sich zieht, weil eben die Sache, über die man die Verfügungsgewalt verloren hat, naturgemäß nicht mehr zurückbehalten werden kann und keinerlei Rechtsmittel gegeben sind, die letztere wieder herzustellen. Anders ist es aber sicherlich mit dem Verlust des guten Glaubens, auch dieser hindert zwar gewiß, wie der von Anfang an vorhandene Mangel desselben das Entstehen der vielleicht im Werden begriffenen Retentionsbefugniß, hat aber nicht den Untergang der schon erworbenen Retentionsbefugniß zur Folge, seine Wirkung beschränkt sich darauf, daß er das Entstehen des Retentionsrechtes für andere Forderungsansprüche als diejenigen, welche bei seinem Eintritt bereits entstanden und soweit es auf die Fälligkeit ankommt, auch fällig waren, hindert. Supponiren wir, ein Gläubiger hat in einem gewissen Moment eine fällige Forderung an X, er besitzt bewegliche, einem Dritten eigenthümlich gehörende Sachen, die aber vom Schuldner X als ihm gehörend in seine Verfügungsgewalt gegeben worden sind, auch der erforderliche Zusammenhang zwischen der Forderung und der Innehabung jener Sachen ist vorhanden. Gewiß hat er nun die Befugniß, jene Gegenstände für seine Forderung zurück zu behalten, erworben und er verliert sie nicht, wenn ihm einige Tage später die Anzeige zukommt, daß letztere einem Dritten gehören, er kann einfach antworten, er behalte dieselben zur Sicherung seiner Forderung zurück bis diese bezahlt sei, unseres Erachtens braucht er aber nicht einmal eine Antwort zu geben, sondern kann ruhig zuwarten bis der Dritte die Sachen herausverlangt und sich dann der Herausgabe einfach widersetzen, erwirbt er dagegen nach Empfang der Anzeige vom Eigenthum des Dritten auf den nämlichen Schuldner eine neue Forderung oder bestand diese schon, wurde aber erst nach jenem Zeitpunkt fällig, so kann er das Retentionsrecht für diese allerdings nicht geltend machen, wenngleich alle übrigen Requisite vorhanden sind, weil eben hier nun der gute Glaube fehlt. Wie ist es nun bei der Miethzinsforderung? Bei dieser bildet die Fälligkeit kein Requisit für die Begründung des Retentionsrechtes, denn dieses wird dem Vermiether auch für den Zins des laufenden Miethjahres gewährt. Daraus folgt, daß dasselbe erworben ist *mit dem Beginn* des Miethverhältnisses beziehungsweise mit dem damit verbundenen Einbringen der Illaten und nun sagen wir wieder, daß soweit das-

selbe einmal erworben ist, es dem Vermiether durch die Anzeige des Dritten, die Illaten seien sein Eigenthum, nicht mehr genommen werden kann, vielmehr bleibt es erworben soweit es im Momente des Empfanges der Anzeige schon erworben war und die Wirkung der letztern ist bloß die, daß es in einem größern Umfange als es jetzt besteht, nicht ins Leben treten kann, was aber allerdings, wie wir sofort sehen werden, ohne Werth ist. Es entsteht also die Frage, in welchem Umfange der Vermiether das Retentionsrecht beim Empfang der Anzeige erworben habe. Die Antwort ist immer die gleiche. Wir sagen wie früher, daß dasselbe für *sämmtliche Zinsansprüche* aus dem Miethvertrag, auf Grund dessen die Einbringung der Illaten stattgefunden hat, erworben ist in dem Sinne, daß es, so oft der Miether wegziehen oder Sachen wegschaffen will für denn dannzumal ausstehenden Zins, soweit sich dieser, als Zins des verflossenen und laufenden Miethjahres darstellt, geltend gemacht werden kann. Wir können die Behauptung des Herrn Dr. Streuli, daß diese Auffassung der Retentionsbefugniß einen von ihrer Entstehung an dinglichen Charakter verleihe, durchaus nicht anerkennen. Wir sehen nicht ein, wie so die Frage, ob das vom Vermiether auf Grund seines guten Glaubens beim Einbringen fremder Gegenstände erworbene Retentionsrecht für sämmtliche Zinsansprüche aus dem Miethvertrag, auf Grund dessen jene eingebracht worden sind, erworben sei oder bloß für die bis zum Momente der erlangten Kenntniß vom Eigenthum des Dritten aufgelaufenen, mit der juristischen Natur des Rechtes, ob persönliches oder dingliches etwas zu thun haben soll. Auch die Beantwortung dieser Frage im ersteren Sinne ist gewiß möglich, ohne daß man deßwegen genöthigt wäre, dem Retentionsrecht dinglichen Charakter zuzugestehen und sie muß wohl auch als richtig anerkannt werden. Der Art. 294 des O.-R. gibt die Retentionsbefugniß für gewiße Ansprüche aus einem bestimmten Vertragsverhältniß und läßt dieselbe *für das ganze Vertragsverhältniss* mit dem Momente des Einbringens der retentionsfähigen Objekte, gleichzeitiges Vorhandensein des guten Glaubens bezüglich fremder Sachen vorausgesetzt, ins Leben treten und nicht bloß für eine theilweise Dauer desselben, weßhalb eben der Wegfall des guten Glaubens im Laufe der Miethzeit ohne Einfluß auf die Befugniß bleibt. Nur die, hier jedoch unerhebliche Beschränkung stellt der Art. 294 auf, daß die Befugniß bloß gegeben sei für den Zins des jeweilig verflossenen und laufenden Miethjahres. In dem vorstehenden Entscheid der Appellationskammer wird diese Auffasung denn auch zunächst durchaus anerkannt, denn anders können wir die Ausführung nicht verstehen, das Gesetz habe bei der Vorschrift, daß das Retentionsrecht des Vermiethers, dessen guten Glauben vorausgesetzt, sich auch auf Sachen dritter Personen erstrecke, allerdings **den Beginn** der Miethe im Auge gehabt. Das kann doch nichts anderes heissen, als das Gesetz verlange den guten Glauben nur beim *Beginn* der Miethe, beziehungsweise es lasse die Retentionsbefugniß für die gesammte Dauer der Miethzeit entstehen, sobald der gute Glaube nur beim Beginn derselben vorhanden gewesen sei. Wie man nun aber, nachdem dieser Satz einmal ausgesprochen war, dahin fortfahren konnte, daß die gleichen Gründe, welche den Gesetzgeber veranlaßt haben, den guten Glauben beim Beginn der Miethe zu verlangen, es auch rechtfertigen, daß dem Vermiether zugemuthet werde, das Verhältniß, sobald ihm dies nach empfangener Kenntniß vom Eigenthum des Dritten möglich sei, zu lösen, — ist uns nicht klar. Treffen diese gleichen Gründe nun zu oder nicht zu, so kommt darauf natürlich nichts an, sobald sie *der Gesetzgeber* nicht als zutreffend erklärt hat und daß er das nicht gethan hat, anerkennt die Appellationskammer mit der Zugabe, daß derselbe beim Aufstellen des Erfordernisses des guten Glaubens nur den Beginn der Miethe im Auge gehabt habe und noch deutlicher mit dem Eingang von Erwägung 7, wo anerkannt wird, das Obligationenrecht bestimme *nicht,* daß das Retentionsrecht des Vermiethers mit erlangter Kenntniß vom Eigenthum des Dritten untergehe. Was man dann aus dem Zusatz, daß eine derartige Bestimmung nur aus Billigkeitsrücksichten nicht ins Gesetz aufgenommen

worden sei, ableiten will, ist gewiß nicht richtig, denn auf das Motiv der Unterlassung kommt überall nichts an, soweit es im Gesetzestext nicht selbst angegeben ist. Wenn eine Mittelansicht etwas für sich hätte, so wäre es unseres Erachtens höchstens die, das Retentionsrecht des Vermiethers auf denjenigen Zins zu beschränken, der sich *beim Empfang der Anzeige* vom Eigenthum des Dritten als solcher des verflossenen und laufenden Miethjahres darstellt, indessen begnügen wir uns hier mit der Andeutung, ohne auf eine nähere Begründung einzutreten, für die uns momentan die Zeit mangelt. Vielleicht gibt es später noch Gelegenheit dazu. Hoffen wir übrigens, daß es bald gelingen werde, einen Entscheid des Bundesgerichtes über die Streitfrage zu erhalten.

Kassationsgericht Zürich.

5. Juli 1886.

Begriff und Thatbestand des unklagbaren Differenzgeschäftes im Sinne des § 1403 des zürch. Pr. G.-B. (siehe auch Art 502 des O.-R.)

Alexander Grimm, ehemaliger Inhaber eines Bankkommissions- und Incassogeschäftes trat s. Z. mit den Wechselagenten Forrer und Siebenmann in der Weise in einen ziemlich regelmäßigen Verkehr, daß er sie beauftragte, die an der Zürcher Börse beliebten Spekulationspapiere, wie namentlich Aktien der Nordostbahn, der Gotthardbahn, der Westbahnen, der Vereinigten Schweizerbahnen und der Arth-Rigibahn *je auf Ende des Monats* anzukaufen oder zu verkaufen, welche Aufträge im Einverständniß mit dem Auftraggeber so ausgeführt wurden, daß die Beauftragten jeweilen als Selbstkäufer und Selbstverkäufer eintraten.

Sämmtliche auf Ende eines Monats gekauften oder verkauften Werthpapiere wurden jeweilen innert der Lieferungsfrist von Forrer und Siebenmann gemäß den von Grimm erhaltenen Aufträgen in gleicher Weise wieder an ihn verkauft resp. von ihm zurückgekauft und es stellten dann jene mit Ende des Monats dem Grimm eine Liquidationsrechnung, deren Saldo von demjenigen Theil, dem derselbe zukam, sofort zu begleichen war. Der Letztere spekulirte unglücklich, mußte immer zahlen und zahlte auch bis seine Mittel erschöpft waren. Dann kamen Gesuche um Zahlungsaufschub, schließlich wurde er für zwei Passivsaldi von zusammen 723 Fr. 75 betrieben, bestritt aber die Schuldpflicht mit der Einrede des nicht klagbaren Differenzgeschäftes gestützt auf § 1403 des zürch. Pr. G.-B., welcher lautet:

„Wird nur scheinbar Lieferung der Sache, „z. B. von Werthpapieren verabredet, in „Wahrheit aber die bloße Kursdifferenz zwi„schen dem jetzigen und dem Marktpreise „des Lieferungstermins zum Vertragsgegen„stand gemacht, so ist ein solches Differenz„geschäft nicht als Kauf, sondern einem „Spielgeschäft ähnlich zu behandeln und für „eine derartige Forderung auf Bezahlung der „Differenz kein Recht zu halten."

Er siegte damit in beiden Instanzen des *summarischen* Verfahrens und sodann auch in erster Instanz des *ordentlichen* Verfahrens ob, unterlag dagegen schließlich vor der Appellationskammer des Obergerichtes, welche die genannte Einrede mit Urtheil vom 20. Februar 1886 verwarf und die Klage guthieß, sich dabei wesentlich auf folgende Gründe stützend:

Der § 1403 des Pr. G.-B. erkläre *solche* Differenzgeschäfte als nicht klagbar, bei welchen nur scheinbar Lieferung der Sache verabredet, *in Wahrheit aber die blosse Kursdifferenz* zwischen dem jetzigen und dem Marktpreise des Lieferungstermins *zum Vertragsgegenstand gemacht werde,* unterscheide also zwei Arten von Differenzgeschäften, von denen die eine Art klagbar, die andere nicht klagbar sein soll, letztere nicht, weil sie in That und Wahrheit gar keine Kaufgeschäfte, sondern Spiel resp. Wette seien. Diese Rechtsanschauung entspreche durchaus der deutschen Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis, welche sich, auch ohne daß das deutsche Handelsgesetzbuch eine ähnliche Gesetzesbestimmung wie das zürcherische Privatrecht enthielte, auf Grundlage der allgemeinen Grundsätze über die Unklagbarkeit der Spielgeschäfte herausgebildet habe,

denn die Bestimmung des § 1403 des zürch. Pr. G.-B. sei eigentlich nichts Anderes als die hieraus sowie aus der Bestimmung des § 934 gezogene Consequenz. Es sei daher diese Rechtswissenschaft und Gerichspraxis auch für das zürcherische Recht maßgebend.

2. Die deutschen Gerichte unterscheiden nun zwischen sogenannten uneigentlichen Differenzgeschäften, welche klagbar seien (Differenzgeschäften im weitern Sinn) und den eigentlichen nicht klagbaren Differenzgeschäften (Differenzgeschäfte im engern Sinn). Erstere seien reelle, auf Zeit abgeschlossene Kaufgeschäfte spekulativer Natur, bei denen der Spekulant zwar meistens von Anfang an beabsichtige, nicht reell zu liefern resp. den Kaufpreis zu bezahlen, sondern durch ein innert der Frist bis zum Lieferungstermin abgeschlossenes zweites Geschäft in entgegengesetzter Richtung und mittelst Compensation der Resultate beider Geschäfte einen spekulativen Gewinn zu machen, bei denen er aber, wenn ihm der Abschluß des zweiten Geschäftes nicht gelinge, effectiv liefern resp. bezahlen müße und sich von seiner Verpflichtung nicht durch bloße Begleichung der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Marktpreise des Stichtags befreien könne.

Letztere dagegen seien bloße, in die Form von Zeitgeschäften gekleidete Spielgeschäfte, bei denen die Contrahenten beim Abschluß des ersten Geschäftes gegenseitig vereinbart haben, entweder lediglich am Stichtage die Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis des Stichtags auszugleichen, also überhaupt gar nicht effektiv zu liefern oder aber dies nur unter der Bedingung zu thun, daß es dem Spekulanten gelinge, mittelst eines mit einem Dritten, wenn auch meist unter Mitwirkung des dabei wieder als Selbstkäufer auftretenden Wechselagenten, abgeschlossenen Kaufgeschäfts entgegengesetzter Richtung die sogenannte Compensation zu bewirken, so daß wenn diese Bedingung nicht eintrete, wie im erstern Falle nur die Bezahlung der bloßen Differenz und nicht die effektive Lieferung resp. Bezahlung verlangt werden könne. Das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer solchen Vereinbarung sei also das entscheidende Moment, was am klarsten sich im 15. Band der Entscheidungen des deutschen Oberhandelsgerichtes auf pag. 278 ausgedrückt finde.

3. Es sei selbstverständlich, daß derjenige, welcher behaupte, daß bei einem mittelst zweier Zeitgeschäfte und nachheriger Compensation effektuirten Differenzgeschäfte die eben bezeichnete vertragliche Vereinbarung stattgefunden habe und hierauf gestützt der auf Bezahlung der Differenz gerichteten Klage die Einrede des Spiels entgegenstelle, jene Vereinbarung als Fundament seiner Einrede zu beweisen habe. Mit diesem Beweis sei es im vorliegenden Falle schon deßhalb strenge zu nehmen, weil die Usancen der Zürcherbörse, unter deren Herrschaft die in Frage stehenden Geschäfte abgeschlossen worden, von einer solchen Vereinbarung als Bestandtheil der börsenmäßig abgeschlossenen Geschäfte nichts enthalten, sondern im Gegentheil davon ausgehen, daß, wenn ein Geschäft nicht durch Compensation erledigt werden könne, dasselbe effektiv auszuführen sei und dafür ein sehr strenges Exekutionsverfahren festsetzen (§ 3 und 6 der allgemeinen Bestimmungen der Usancen von 1877). Im Weitern würdigt dann der Appellationsrichter das vorhandene Beweismaterial und kommt zu dem Resultate, daß der Beweis für jene vertragliche, wenn auch nur stillschweigend vereinbarte Abrede nicht erbracht sei *(siehe das obergerichtliche Urtheil in Nr. 5 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang pag. 73 und folgd.)*

Gegen dieses Urtheil reichte Grimm Cassationsbeschwerde ein, sich darauf stützend, daß dasselbe gegen die positive klare Vorschrift des § 1403 des Pr. G.-B., eventuell gegen Art. 512 des Schw. O.-R. verstosse (§ 704 Ziff. 9 des Rechtspflegegesetzes). Die vom Vorderrichter aufgestellte Behauptung, der § 1403 unterscheide zwischen verschiedenen Arten von Differenzgeschäften, von denen die eine klagbar, die andere unklagbar sein soll, stehe im schroffsten Widerspruch mit dem Wortlaut; von einer Unterscheidung von eigentlichen und uneigentlichen Differenzgeschäften sei da nichts zu finden und namentlich bedeuten die Worte: „so ist ein *solches* Differenzgeschäft“ bloß so viel: „so ist ein

solches Geschäft, welches man Differenzgeschäft nennt". Das Urtheil bringe also eine dem Gesetz gänzlich fremde Zweitheilung der Differenzgeschäfte hinein und zwar gestützt auf eine etwa 20 Jahre nachher entstandene Theorie und Gerichtspraxis eines auswärtigen Staates.

Das Cassationsgericht wies die Beschwerde ab.

Gründe:

1) Es ist wohl dem Cassationspetenten soviel zuzugeben, daß § 1403 expressis verbis jenen Unterschied zwischen eigentlichen und uneigentlichen Differenzgeschäften nicht aufstellt, sondern einfach den Rechtssatz statuirt, wenn nur scheinbar Lieferung der Sache, z. B. von Werthpapieren verabredet, in Wahrheit aber die bloße Kursdifferenz zwischen dem jetzigen und dem Marktpreise des Lieferungstermins zum Vertragsgegenstand gemacht werde, so soll ein derartiges Geschäft nicht als Kauf, sondern als Spielgeschäft behandelt werden und nicht klagbar sein; ebenso darf wohl zugegeben werden, daß in die Worte ein „*solches* Differenzgeschäft" nicht die ausdrückliche Hervorhebung jenes Unterschiedes hineingelegt werden darf.

2) Damit ist nun aber noch lange nicht gesagt, daß die Ausführungen des Vorderrichters gegen den klaren Wortlaut des § 1403 verstoßen, sondern nur, daß er vielleicht im Ausdruck zu weit gegangen, wenn er jenen Unterschied als in cit. Gesetzesbestimmung ausdrücklich angeführt bezeichnet. Es wird vielmehr darauf ankommen, zu prüfen, wie sich der wirkliche Wortlaut materiell zu den Ausführungen des Vorderrichters verhalte.

3) Das Haupterforderniß zur Annahme eines Differenzgeschäftes im Sinne des § 1403 ist, daß die bloße Cursdifferenz förmlich zum Gegenstand des Vertrages gemacht werde, d. h. mit andern Worten, daß beide Contrahenten ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, es habe weder der Verkäufer das Recht, den Kaufpreis zu fordern und die Pflicht, die Waare zu liefern, noch der Käufer das entsprechende Recht auf Bezug der Waare und die entsprechende Pflicht auf Bezahlung des Kaufpreises, sondern es solle zur angeblichen Lieferzeit lediglich die entsprechende Differenz vom angeblichen Käufer oder Verkäufer bezahlt werden. Zur Annahme eines Differenzgeschäftes genügt also nicht, daß der eine oder andere Contrahent bei einem Geschäftsabschluß eines Zeitgeschäftes vielleicht schon die Intention hat, sich s. Z. nicht liefern zu lassen oder zu liefern und durch ein anderweitiges Geschäft je nach Umständen dieser Eventualität auszuweichen, sondern beide Contrahenten müssen bei ihrem Geschäftsabschluß oder Geschäftsabschlüssen die obige Vereinbarung zu Grunde gelegt haben und vertraglich auf dieselbe übereingekommen sein.

4) Dies ist aber auch der Boden, auf welchem die Begründung des Vorderrichters fußt, wonach nicht einfach alle Spekulationsgeschäfte in Werthpapieren auf Lieferung, bei welchen Cursdifferenzen überhaupt eine Rolle spielen können, sei es in den Motiven und Intentionen der Handelnden, sei es in der wirklichen Abwicklung der betreffenden Geschäfte, als Differenzgeschäfte im Sinn vom § 1403 betrachtet werden können und dürfen, sondern nur jene, welche den oben geschilderten und im Gesetz speziell aufgestellten juristischen Charakter haben. Wenn nun die neuere Theorie in der Wissenschaft und die Gerichtspraxis bei uns und an andern Orten von eigentlichen und uneigentlichen Differenzgeschäften spricht, so ist eben das erstere gemäß den dafür aufgestellten Definitionen nichts anderes als das Differenzgeschäft unsers § 1403; übrigens darf hier bemerkt werden, daß die neuere Theorie keineswegs so neuen Datums ist, wie Cassationspetent behauptet, vielmehr z. B. bereits in Thöl's „Verkehr mit Staatspapieren etc." von 1835, besonders § 16 Vertretung gefunden hat, der das Geschäft, welches nach unserm § 1403 nicht klagbar sein soll, das „reine Differenzgeschäft" nennt und dafür gerade die Kriterien aufstellt, die unser Gesetz enthält.

5) Unter diesen Umständen kann doch wohl in der Argumentation des Vorderrichters in Erwägung 5 nicht ein Widerspruch mit dem klaren Wortlaut des § 1403 gefunden werden, während sie sich an die

dieser Bestimmung angegebenen Erfordernisse zur Annahme eines „Differenzgeschäftes“ hält. Angesichts des Wortlautes unserer Gesetzesbestimmung sind Geschäfte, welche man jetzt „uneigentliche Differenzgeschäfte“ nennt, eben überall keine Differenzgeschäfte im Sinn des § 1403 und sind daher klagbar, es sei denn, es seien die betreffenden Geschäfte nur scheinbar in diese Form gehüllt und in Wirklichkeit ein Differenzgeschäft im Sinne von § 1403 beabsichtigt gewesen.

Daher ist dann auch der Vorwurf, daß der Vorderrichter die deutsche wissenschaftliche Theorie und Praxis, weil angeblich auf ganz anderem Boden stehend als unser Privatrechtliches Gesetzbuch, herbeigezogen habe, nicht zutreffend; sobald nur der Vorderrichter die positiven Vorschriften unseres Gesetzes nicht außer Auge ließ, — und dies wird mit Grund nicht behauptet werden können — mußte es ihm unverwehrt sein, sich in dieser in so vielen Richtungen — wesentlich nach der Seite der technischen Geschäftsgebahrung hin — schwierigen Materie in der wissenschaftlichen Theorie und der Gerichtspraxis anderer Staaten umzusehen. Ueberdies ist wohl die Behauptung, die erwähnte Theorie stehe auf ganz anderm Boden, unzutreffend, wie schon der Vorderrichter ausgeführt hat; es genügt hiefür der bloße Hinweis darauf, daß das deutsche Handelsgesetzbuch keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung im Sinne von § 1403 des zürch. Gesetzes enthält, nicht. Wenn ferner Cassationspetent darauf aufmerksam macht, wie bestritten diese Materie in der deutschen Theorie sei, so ist dies nur insofern zuzugeben, als wohl mit Recht die Frage, ob und wie weit die sogenannten Differenzgeschäfte zu verbieten oder als unklagbar zu erklären seien, de lege ferenda nach verschiedenen Gerichtspunkten eine stets bestrittene ist; allein diese Kontroverse ist für den Vorrichter nicht maßgebend gewesen, er hat vielmehr lediglich den materiellen Inhalt des § 1403 mit der deutschen Rechtssprechung, soweit sie die Einrede des Spiels wirklich zuläßt, verglichen und gefunden, daß beide zu demselben Resultate führen.

6. Die Ausführungen des Cassationspetenten, besonders sub IV der Cassationsschrift, es kommen Differenzgeschäfte, bei denen die Contrahenten von vorneherein oder im Verlauf erklären, daß der Gegenstaud ihrer Transaktionen nur die Differenz der gehandelten Werthpapiere von zwei verschiedenen Tagen sein solle, im Leben gar nicht vor und es werde durch die Unterscheidung zwischen eigentlichen und uneigentlichen Differenzgeschäften der Zweck des § 1403, dem sog. Börsenspiel entgegen zu treten, gänzlich vereitelt und derselbe zu einem todten Buchstaben degradirt u. s. w., sind nicht geeignet, das bisher Gesagte zu widerlegen; abgesehen davon, daß es immer mißlich ist, die bloße allgemeine Tendenz einer Gesetzesbestimmung dem wirklichen Wortlaut derselben gegenüber zu stellen, so würde, wenn im Uebrigen obige Behauptung wahr wäre, was füglich dahingestellt bleiben kann, daraus nur folgen, daß der Gesetzgeber allerdings etwas Ueberflüssiges, der wohlmeinenden Tendenz, von der er ausging, nicht Entsprechendes statuirt hätte; der Richter ist aber nicht dazu da, einen derartigen Mißgriff des Gesetzgebers von sich aus zu korrigiren.

7) Die Beweislast ist vom Vorderrichter richtig vertheilt worden, ob er aber auch die Beweismomente richtig gewürdigt hat, entzieht sich der Cognition des Cassationsgerichtes und hat dasselbe somit keine Veranlassung, auf die Ausführungen des Cassationspetenten betreffend dieser Beweismomente im Einzelnen einzutreten, immerhin kann der Vorwurf, es sei der Vorderrichter mit Leichtigkeit über alle vorliegenden faktischen Verhältnisse hinweggegangen, angesichts von Erwägung 9 und ff. nicht als zutreffend anerkannt werden. Namentlich dürfte dafür, wie trügerisch die diesfalls in Frage kommenden Momente und Indizien sind, gerade der vom Cassat.-Petenten speziell hervorgehobene Umstand, daß jeweilen einem Kaufsgeschäft ein entsprechendes späteres Compensationsgeschäft durch Verkauf und umgekehrt gegenüberstehe, angeführt werden; denn dieser Umstand, den Cassationspetent als Hauptindizium für seine Behauptung, es habe sich zwischen beiden Contrahenten nur um Differenzgeschäfte im Sinne von § 1403 gehandelt, anführt, kann ebenso gut für die gegentheilige Annahme

verwendet werden d. h. man kann umgekehrt sagen, der Grund, warum der Beklagte bei einem einzelnen Geschäfte nicht den Lieferungstag abgewartet, sondern vorher zu einem entsprechenden Compensationsgeschäft Auftrag gegeben, habe eben darin gelegen, daß er sich der ohne dies eintretenden Pflicht zur wirklichen Lieferung oder Empfangnahme und Zahlung habe entziehen wollen, wofür die damals geltenden Börsenusancen von 1877 Art. 3 und 6 (sozusagen identisch mit dem Art. 5 und 8 der Börsenusançen der jetzigen Börsenverordnung, vom Regierungsrath genehmigt am 25. Oktober 1884) sehr strenge Exekutionsbestimmungen enthalten.

8) Was endlich noch die Berufung des Cassationspetenten auf Art. 512 des O.-R. betrifft, so liegt auf der Hand, daß diese Bestimmung schon formell nicht zur Anwendung kommen kann, weil die Rechtsgeschäfte um die es sich handelt, vor die Zeit des Inkrafttretens des Schweiz. Obligationenrechtes, nämlich ins Jahr 1882 fallen. Es braucht also nicht geprüft zu werden, ob das Urtheil des Vorderrichters eine Verletzung dieses Gesetzesartikels involvire. Uebrigens würde dieser Artikel des Schweiz. O.-R. dem Standpunkt des Beklagten schwerlich günstiger sein als § 1403 des zürch. Pr. G.-B., wenn berücksichtigt wird, daß die betreffende Bestimmung unter dem Titel „Spiel und Wette" steht, für die übrigens nicht einmal gesetzliche Definitionen aufgestellt werden, ferner ausdrücklich nur „für „solche Lieferungs- und Differenzgeschäfte „über Waaren oder Börsenpapiere, welche „den Charakter eines Spiels oder einer Wette „haben" die Unklagbarkeit statuirt, und namentlich, wenn die nähern Umstände, unter welchen diese Bestimmung zu Stande kam, ins Auge gefaßt werden. Aus dem Commentar zu § 512 zub. Z. 8 ist nämlich ersichtlich, daß der Stände- und Nationalrath verschiedener Ansicht waren und letzterer die Zusatzbestimmung aufnehmen wollte, daß „in „den nach den Handelsgebräuchen abgeschlos- „senen Lieferungsgeschäften über Waaren und „Börsenpapiere die Einrede des Spiels nicht „erhoben werden könne", so daß der Artikel an den Bundesrath zurückgewiesen wurde, welcher dann berichtete, es werde aus Opportunitätsrücksichten an der Fassung des Entwurfs (jetzigen Gesetzes) festgehalten in der Meinung, daß das, was der nationalräthliche Beschluß anstrebe, in der Praxis der Gerichte sich von selbst Bahn brechen werde (s. auch Urtheil des Bundesgerichts i. S. Titzk ca. Lappé vom 1. Mai 1886, Revue der Gerichtspraxis im Gebiet des Bundescivilrechts IV. Band, 3 Lief., Nr. 84.)

Literaturanzeige.

Carlin, Dr. G., Advokat, zur Zeit Sekretair der schweizerischen Gesandtschaft in Wien. *Erörterung von Art. 882, Absatz 3 des schweizerischen Obligationenrechtes (Uebergangsbestimmungen).*

Diese im Verlage von *C. Detlof's Buchhandlung in Basel* erscheinende Schrift behandelt ein Thema, welches der schweizerische Juristenverein zum Gegenstand einer Preisfrage gemacht hatte. Daß die Arbeit eine durchaus werthvolle ist, beweist das vom Juristenverein acceptirte Urtheil des Preisgerichts, dahin gehend, daß sich dieselbe dem ersten Preise (400 Fr.) nähere, mit 300 Fr. prämirt und auf Kosten des Vereins gedruckt werden soll. Der Verfasser geht bei seinen Untersuchungen durchaus selbstständig, und was besonders von Werth ist, prinzipell vor. Er weist, — wie offenbar ganz richtig, — zunächst Bedeutung und Tragweite der beiden ersten Absätze des Art. 882 nach und geht dann unter logischer Verfolgung und Verwerthung der dabei gewonnenen Resultate über auf den entscheidenden, den eigentlichen Gegenstand seiner Untersuchung bildenden Absatz 3 in der Weise, daß er die Grenzen seiner Anwendbarkeit zunächst in einem allgemeinen Prinzip festzustellen sucht und schließlich, daran anlehnend, in verschiedenen Capiteln dessen Tragweite mit besonderem Bezug auf die Entstehung, Sicherung, Uebertragung, Veränderung und den Untergang von Rechten bespricht. Das Büchlein wird die vielfach schwierige Aufgabe richtiger Entscheidung von Streitfragen über zeitliche Rechtsanwendung ohne Zweifel sehr erheblich erleichtern und wünschen wir demselben deßhalb eine möglichst starke Verbreitung.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. September 1886. V. Band. № 17.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Poststellen** in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in **allen Buchhandlungen** abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern **Orell Füssli & Comp.** in **Zürich.**

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 22. Mai 1886
in Sachen

der *Navigazione generale italiana,* Dampfschifffahrtsgesellschaft in Venedig, Klägerin
gegen
H. K. Reichenbach, Weinhändler in Zürich, Beklagten

betreffend
Forderung aus Speditionsvertrag.

Oertliche Rechtsanwendung. Der Spediteur ist auch ohne besondere Verabredung verpflichtet, die Ablieferung des Speditionsgutes thunlichst zu befördern und er haftet für die Folgen einer auf Absicht oder Nachlässigkeit zurückzuführenden Verspätung. Witterungszustände als höhere Gewalt beim Seetransport.

Streitfrage:

Ist der Beklagte verpflichtet, der Klägerin 5984 Fr. 40 Rp. nebst Zins à 6 % seit 9. April 1884 zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Mit Brief vom 7. November 1884 ersuchte der Beklagte, Weinhändler en gros, die Klägerin um Mittheilung ihres äussersten Uebernahmstarifes für Wagenladungen von 10,000 Kilo von Spalato (Dalmatien) nach Venedig und Genf, indem er in nächster Zeit beträchtliche Weinsendungen auf dieser Route zu machen habe. „Sagen Sie mir gefälligst ganz genau, ob und welche Verbindung Sie mir zwischen Spalato und Venedig garantiren können?" Unterm 11. gl. Mts. antwortete ihm die Klägerin, ihr Uebernahmstarif sei 5 Fr. 05 für Spalato-Genf per 100 Kilo bei Wagenladungen, exclusive Seeassekuranz, »*Gültigkeit dieser Preise bis ultimo Dezember 1884,* Tarifabänderung vorbehalten«. „Der regelmässige Schiffsverkehr zwischen Spalato und Venedig ist zur Zeit noch nicht hergestellt, wenn Sie aber grössere Ladungen zu snediren haben, werden wir für deren Beförderung durch *Segler* bestens besorgt sein, *garantiren können wir Ihnen für diese Verbindung jedoch nicht*". Im Laufe des November besuchte dann der Direktor des klägerischen Etablissements in Venedig, Tomaselli, bei einer Geschäftsreise den Beklagten in Zürich, es wurde über die Sache näher gesprochen und Tomaselli soll sich dabei geäussert haben, *bei günstigem Wind* mache eine Segelbarke die Ueberfahrt von Venedig nach Spalato in 3–4 Tagen, zugleich aber auch, wie er behauptet, bei

schlechtem Wetter könne die Fahrt 20—30 Tage dauern.

B. Am 1. Dezember 1884 telegraphirte der Beklagte der Klägerin: „Sendet schnellstens Barke Spalato, Brief folgt“ und erhielt am gleichen Tage noch die Antwortdepesche: „Barke per 130 Fässer Wein nach Spalato abgereist.“ Im avisirten, vom 1. Dezember datirten Brief schrieb der Beklagte, es seien etwa 7 Wagenladungen oder 90—100 Fässer zu verschiffen, die Barke sei an seinen Vertreter in Spalato, Vito Morpurgo zu adressiren, welcher Ordre habe, die Waare parat zu machen; die Klägerin solle dafür sorgen, daß die Barke dann sofort wieder in See gehe, damit die Waare so rechtzeitig in Venedig eintreffe, um vor Erhöhung der alten Tarife verladen zu werden; den Morpurgo habe er beauftragt, dem Schiffsführer ein detaillirtes Gewichtsverzeichniß der Fässer abzunehmen, damit die Klägerin von diesem Ersatz verlange, wenn ein Manco *von mehr als 1 %* eingetreten sei. Die Klägerin bestätigte am 2. Dezember ihr Telegramm mit dem Bemerken: „Demzufolge trafen wir also sofort die nöthigen Vorbereitungen; *die Barke wird je nach den Witterungsverhältnissen in ca. 20—25 Tagen in Spalato eintreffen.*“

C. Mit Brief vom 2. Dezember verwahrte sich der Beklagte dagegen, daß eine Barke für 130 statt, wie er Tomaselli erklärt habe, nur für 80 bis 100 Fass abgesandt worden sei, der Schiffsführer müsse suchen, noch von anderer Seite eine volle Ladung zu erhalten. Am 5. Dezember kam die Antwort, die „seiner Zeit“ abgesandte Barke fasse ca. 840 Hektoliter, wenn die Ladung kleiner sei, so beeinfluße dies den Uebernahmspreis nicht, man werde trachten, von anderer Seite eine Completirung zu erhalten, bei Empfang des Briefes des Beklagten sei die Barke schon unterwegs gewesen; schließlich übersendet Klägerin ihren neuesten Tarif Nr. 15, derselbe enthält den Vorbehalt, daß die Frachtsätze sich „unter Reserve für etwaige Tarifänderungen“ verstehen. Mit Brief vom 7. Dezember drückte der Beklagte sein Erstaunen darüber aus, daß die Reise 20—25 Tage [illegible]n könne, verwies auf die Unterredung mit Tomaselli und machte die Klägerin verantwortlich für nachtheilige Folgen. Unterm 11. Dezember beruhigte diese ihn, jene Angabe von 20 Tagen sei nur eine annähernde und wohl zu hoch, sie gewärtige selbst jeden Tag die Ankunft der Barke. Weiter wird mitgetheilt, daß die für das Haus Cirio gestellten Begünstigungen mit Ende des Monats verfallen. Hiefür wurden heute noch zwei dies bestätigende Briefe genannter Turiner Firma vom Dezember 1884 vorgelegt und erklärt, dieser Firma seien von italienischen Eisenbahngesellschaften in Anbetracht ihres bedeutenden Verkehres besondere persönliche Vergünstigungen gewährt worden, letztere seien aber mißbraucht worden, indem Cirio gegen Provision auch andere Firmen, wie z. B. die Klägerin unter ihrem Namen habe spediren lassen, die Entdeckung des Mißbrauches habe zum Entzug der Vergünstigungen geführt. Diese Verhältnisse seien notorisch und auch dem Beklagten bekannt gewesen.

D. Auf eine Reklamation des Beklagten vom 31. Dezember 1884, daß die Barke in Spalato immer noch nicht angekommen sei und er Klägerin für allen Schaden verantwortlich mache, weil er sich lediglich auf Grund der günstigen Zusicherungen Tomaselli's an sie gewendet und sonst selbst eine Barke *gemiethet* hätte, antwortete diese am 2. Januar 1885, die Verzögerung sei lediglich durch die ungünstigen Witterungsverhältnisse verursacht, schon Tomaselli habe darauf aufmerksam gemacht, dass ein Schiff bei schlechtem Wetter 20—30 Tage brauchen würde und nur bei Voraussetzung ganz günstiger Witterung von einer Reisedauer von 3—4 Tagen gesprochen, sie lehne deßhalb alle Verantwortlichkeit ab. „Die Barke, welche am 6. Dezember hier abfuhr, landete am 19. Dezember in Sebenico (nördlich von Spalato gelegen) an und mußte sich daselbst aufhalten, theils um die bei Gelegenheit aufgenommene Ladung zu löschen, theils einiger Reparaturen am Fahrzeug halber. Die Distanz nach Spalato beträgt 3 Stunden, bei schlechtem Wetter aber dauert die Reise dorthin lange Tage.“ Der Schiffbesitzer theile mit, daß die Barke sich 2 Tage in Spalato aufhalten werde.

E. Am Morgen des *4. Januar* 1885 langte die Barke in Spalato an, wie Morpurgo dem Beklagten sofort telegraphirte und dann auch schriftlich mittheilte mit dem Beifügen, daß er für 17 Liter Sprit, 1 Kilo Salizylsäure, Verschiffungsspesen und Bewachung der am Quai gelegenen Fässer während 29 Nächten, wobei einige Nächte hindurch auch 2 Sendungen nach Triest bewacht worden seien, 60 fl. 80 kr. verausgabt habe. Dabei äusserte Morpurgo: „Wenn Scilloco dauert fort, so wird Barke sehr bald in Venedig sein, wenn aber Borea kommt, dann kann wieder ein Monat reisen."

F. Am 6. Januar ertheilte der Beklagte der Klägerin genaue Versandtinstruktionen und bemerkte: *Nach erfolgter Expedition geben Sie mir sodann Nota über Alles und ich werde Ihnen Ihr Guthaben prompt liquidiren*". Auf eine bezügliche Depesche Morpurgo's, daß der Barkenführer weitere 20 Fass zur Completirung verlange, gab der Beklagte Auftrag, den bisherigen 113 Fass noch weitere 13 beizufügen und benachrichtigte die Klägerin mit Brief vom 10. Januar, sich sowohl darüber als über den schleppenden Gang der Spedition beschwerend, er nennt die Depesche vom 1. Dezember, wonach die Barke an diesem Tage abging, eine falsche Vorspiegelung, erhält aber am 12. Januar die Antwort, daß die Barke am 1. Dezember wirklich abgegangen sei und die gegentheilige Angabe auf einem Versehen beruhe. Die ungünstigen Witterungsverhältnisse hätten den Barkenführer genöthigt, sich vorsichtshalber aufzuhalten. Inzwischen, am *8. Januar* war die Barke in Spalato abgesegelt laut einem Briefe des Morpurgo vom 12. gl. Mts., worin dieser weiter mittheilt, am 19. Dezember habe er die Fässer, die am Quai waren, aufgefüllt und dafür ca. 2 Hektoliter Wein (Postire) gebraucht. Am 4. Februar 1885 reklamirte der Beklagte neuerdings wegen des Ausbleibens des Schiffes, bemerkend, daß ihn diese Bedienung nicht animire, künftig wieder eine Barke *miethen* zu lassen und erhielt am 6. gl. Mts. die Antwort, die Barke habe wegen eingetretenem heftigem Sturmwetter in Umago (Istrien) einlaufen müssen, um ruhige See abzuwarten, die Witterungsverhältnisse seien in letzter Zeit ganz abnorm und setzen der Schifffahrt ungemeine Schwierigkeiten entgegen, es sei bei derartiger force majeure unmöglich, die Ankunft eines Fahrzeuges zu bestimmen. Am *9. Februar* konnte die Klägerin indeß die Ankunft des Schiffes melden, was sofort geschah.

H. Unverzüglich erfolgte nun die Weiterspedition des Weines. Am 14. Februar erhielt Beklagter von der Klägerin die Gewichtsnote für eine Sendung an Latour et fils in Motiers-Travers und am folgenden und 18. Februar diejenige des Restes übersandt und letzterer die Faktura über sämmtliche Fracht und Spesen im Gesammtbetrage von *5138 Fr. 75* beigelegt, dabei ist der Frachtansatz für Spalato-Genf auf 5 Fr. *35* per 100 Kilo gestellt. Am 24. Februar antwortete der Beklagte: „Sobald die Ankunft und der Befund der Sendungen mir von sämmtlichen Adressaten avisirt sein wird, werde ich Ihre Rechnung prüfen und Ihnen Bericht darüber geben. *Das Ihnen zutreffende Guthaben werde ich alsdann zu Ihrer Disposition stellen.*"

I. Im nämlichen Brief reklamirt der Beklagte unter Hinweisung auf die Offerte vom 11. November 1884 gegen den Frachtansatz von 5 Fr. *35* statt blos 5 Fr. *05* und wegen einer Differenz in der Spesenrechnung von 4 Fr. 06. Weiter beauftragte er die Klägerin der Güterexpedition in Genf unverzüglich die nöthigen Instruktionen für die Retournirung der leeren Fässer nach Venedig zu ertheilen und dieselben sodann durch den östreichischen Lloyd nach Tium und von dort nach Spalato an Morpurgo zu senden. Am 26. Februar antwortet die Klägerin, daß sie die beanstandeten 4 Fr. 06 fallen lasse, dagegen am Frachtansatz von 5 Fr. 35 festhalte, weil die frühere Taxe nur bis Ende Dezember wirksam geblieben sei, im Uebrigen der Güterexpedition Genf Instruktionen zur Retournirung der leeren Gebinde gegeben habe und diese nach Wunsch des Beklagten veranlassen werde, jedoch um eine Anzahlung von 5000 Fr. bitte. Mit Brief vom 28. Februar nennt der Beklagte das Festhalten am Frachtansatz von 5 Fr. 35 eine Unverfrorenheit und erklär-

nunmehr Ersatz des ihm aus der verspäteten Spedition erwachsenen Schadens verlange, und bis nach Anerkennung seiner bezüglichen Forderung keinen Rappen bezahlen werde. Dieses Ansinnen wurde mit Entrüstung zurückgewiesen. Am 21. März stellte Klägerin eine weitere Note von 229 Fr. 90 für Fracht von 27 Fässern von Genf nach La Sarraz und am 30. März Nota von 412 Fr. 30 für solche von 28 Fässern nach Motiers und endlich am 3. April eine Rechnung von Fr. 203. 28 für die Frankatur von 27 lerren Fässern von La Sarraz nach Venedig. Diese Rechnungen ergeben, einschließlich der Faktur vom 18. Februar den in der Streitfrage aufgenommenen Gesammtbetrag von 5984 Fr. 40 Rp.

K. Die 27 leeren Fässer aus La Sarraz langten am 17. März in Venedig an und die Klägerin theilte dem Beklagten am 3. April mit, daß sie auf diese Fässer zu ihren Gunsten eine gerichtliche Beschlagnahme erwirkt habe und lud denselben neuerdings zur Erledigung der Angelegenheit ein, dieser aber protestirte mit Brief vom 5. April, auf seiner Schadenersatzforderung beharrend, und machte die Klägerin für alle Folgen der Beschlagnahme verantwortlich.

L. Auf Gesuch der Klägerin wurde unterm 23. Juli 1885 vom zuständigen Gerichtsbeamten in Venedig der Verkauf der 27 Fässer zu ihren Gunsten angeordnet und sodann durch einen beeidigten Sensal vollzogen, wobei sich ein Erlös von 270 Fr. ergab. Weiterhin erwirkte die Klägerin am 15. April 1885 eine Beschlagnahme auf 15 anderweitige Fässer des Beklagten, die im Besitze der Speditionsfirma Gebrüder Weiß am Quai in Venedig lagen und ließ endlich den Beklagten zur Verhandlung sowohl des Arrestes als auch der beim Handelsgericht von Venedig mittlerweile eingeklagten streitigen Forderung vor dieses Gericht, welches sich auf Grund von Art. 91 und 105 des Civilprozeßgesetzes (forum contractus) zuständig erklärte, auf den 30. Mai zitiren und als derselbe am Termine ausblieb, wurde er durch Urtheil des Handelsgerichtes Venedig vom 5. Juni als in Contumaz befindlich erklärt, die Beschlagnahme bei Gebr. Weiß bestätigt und die streitige Forderung nebst Zins à 6 % vom 9. April 1885 an gutgeheissen. Das Urtheil wurde rechtskräftig. Die Kosten dieses Verfahrens, welche durch das Urtheil dem Beklagten aufgelegt wurden, betrugen laut Urtheilsausfertigung 442 Fr. 90 Rp. An den bei Gebrüder Weiß verarrestirten Fässern machten diese selbst ein Retentionsrecht geltend für einen Betrag von 103 Fr. 85 Rp.

M. Auf diese Thatsachen gestützt erhebt nun die Klägerin die in der Streitfrage bezeichnete Forderung, abzüglich 4 Fr. 06 gemäß Brief vom 26. Februar. Der Beklagte anerkennt lediglich 220 Fr. 54 und stellt für den weitern Betrag mit der Einrede der Compensation folgende Gegenrechnung:

1) 124 Fr. 65 (60 fl. 80) als Betrag der von Morpurgo mit Brief vom 5. Jan. 1885 verrechneten Spesen. (Fact. E.)
2) 150 Fr. 40 für zu viel berechnete Fracht von Spalato nach Genf, nämlich 5 Fr. 35, statt 5 Fr. 05 per 100 Kl. bei 50,134 Kl.
3) 4 Fr. 06 unrichtige Spesenbelastung, — wird von der Klägerin anerkannt —.
4) 112 Fr. — Werth von 320 Lt. Wein als in Folge der Lagerung der Fässer am Quai in Spalato nöthig gewordene Auffüllung, nämlich 200 Lt. am 19. Dez. 1884 und 120 Lt. am 5. Jan. 1885.
5) 192 Fr. 75 Werth von 551 Lt. Wein à 35 Rp. als Decalo des Gutes auf der Seereise.
6) 2500 Fr. als Verlust an Zinsen, Lagergeldern, Abzügen für verspätete Sendungen und entgangenen Gewinn in Folge der Verspätung. Diese Post wird folgendermaßen spezifizirt:
   a. 320 Fr. Zinsverlust von 1 % auf dem Werthe der Sendung, nämlich von ca. 800 Hektoliter im Werthe von etwa 32,000 Fr., weil deren Erlös in Folge der Verspätung bei der Ablieferung erst später erhältlich gewesen sei.
   b. 2040 Fr. entgangener Gewinn auf 3 Wagenladungen oder 255 Hektolitern à 8 Fr. Zur Begründung werden Akten vogelegt, aus denen sich Folgendes ergibt: Beklagter verkaufte

am 10. November 1884 an H. Latour et fils in Motiers 5 Wagenladungen Wein (Postire) à 47½ Rp., wovon eine sofort lieferbar war und *je* eine weitere im Dezember 1884. Ende Februar, März und April 1885, die erste zahlbar Ende Mai und die übrigen 4 Monate nach Ablieferung; für den Fall ungenügenden Absatzes war der letzte Wagen für den Käufer nicht verbindlich. Nachdem Latour & Sohn am 23. Januar Faktura über 2 Wagenladungen empfangen hatten, schrieben sie dem Beklagten am 26. gl. Monats, er solle den Wein nicht jetzt während der großen Kälte liefern, nachdem er zwei Monate damit gewartet habe. Am 9. Februar 1885 erklärten sie, daß sie bezüglich der beiden ersten Wagen nur bis Mitte des Monats warten und die drei andern wegen der Verspätung gar nicht annehmen. Der Beklagte verwahrte sich hiegegen, indem er sich auf force majeure berief. Nach weitern Correspondenzen kam dann zwischen den Parteien, nachdem Latour & Sohn die beiden angekommenen Wagen zur Verfügung gestellt hatten, unterm 3. März 1885 eine Vereinbarung des Inhalts zu Stande, daß die Käufer die beiden empfangenen Wagen behielten und die Lagerungsspesen sowie einen dritten Wagen übernahmen; für die beiden ersten wurde die Zahlung auf Ende Juli und August, für den dritten auf Ende September angesetzt.

c. 60 Fr. Einbuße bei einer Faktur bei Friess in Biel, der eine Wagenladung zuerst wegen Verspätung zurückgewiesen und erst auf persönliche Verwendung, aber nur gegen jenen Rabatt übernommen habe.

d. 80 Fr. für Spesen nach Motiers und Biel, vermehrte Lagerspesen und dergleichen.

7) 450 Fr. Fracht und Spesen für Nachsendung von 42 leeren Fässern nach Spalato als Ersatz für die Beschlagnahmten.

8) 500 Fr. Durch den Arrest und die nothwendige Nachlieferung von Ersatzfässern habe sich die Verschiffung weiterer Sendungen ab dem Lager des Beklagten in Spalato um volle 3 Monate verzögert und es seien im genannten Betrage Verluste und Mehrkosten aller Art entstanden.

9) 1680 Fr. Werth der von der Klägerin beschlagnahmten 42 leeren Fässer von je 600—700 Litern, das Stück zu 40 Fr. gerechnet.

10) 50 Fr. für verursachte Telegramme und Porto. Gesammtbetrag dieser Posten *5763 Fr. 86.*

Die Klägerin bestreitet sämmtliche Posten der Gegenrechnung, ausgenommen No. 3 von 4 Fr. 06. Sie habe keine Garantie für eine bestimmte Lieferzeit eingegangen und trage an der Verzögerung keinerlei Schuld, sondern es sei diese durch die ungünstigen Witterungsverhältniße verursacht worden und sodann habe der Beklagte auf alle Ansprüche aus Verspätung verzichtet durch vorbehaltlose Annahme des Frachtgutes und die Zahlungsversprechen in den Briefen vom 6. Jan. und 24 Februar 1885. Bezüglich der Witterungsverhältnisse werden Berichte der meteorologischen Beobachtungsstation des Seminario Patriarcale in Venedig vorgelegt, dahin gehend: In den beiden ersten Decaden des Dezembers 1884 erhielt sich der Wind mit aussergewöhnlicher Beständigkeit in der Richtung von SW—NO oder WNW—OSO, derselbe war anfangs der ersten Decade und Ende der 2. schwach, das Meer aber aufgeregt, in der übrigen Zeit herrschte Windstille, verbunden mit starkem dickem Nebel bei seltenem Regen, am 26. und 29. Dezember wehte der Wind sogar sehr stark aus SSO, während es zugleich regnete, das Meer war eher heftig. Am 1. und 2. Januar 1885 herrschte starke östliche Strömung mit Regen und aufgeregtem Meer, am 5., 6., 10.—14., 20.—25., 27., 28., 30. und 31. Januar blies der Wind in diesen Strichen mit ziemlicher Kraft *und war denjenigen, die von Osten nach Venedig segelten, immer entgegen,* am 14., 23., 26. und 27. Januar war das Meer überdies stürmisch und aufgeregt. Da-

mit — sagt die Klägerin, sei die prinzipielle Unbegründetheit aller aus dem Titel der verspäteten Spedition abgeleiteten Schadenersatzposten dargethan und übrigens werden dieselben auch sonst sowohl hinsichtlich ihrer speziellen thatsächlichen Grundlage als bezüglich des Quantitativs bestritten. Im Uebrigen wird bemerkt:

Zu Post 2 Frachtansatz: der alte Preis habe nur bis Ende Dezember 1884 Geltung, die Erhöhung, veranlaßt durch den Entzug der Vergünstigung Cirio, sei dem Beklagten angezeigt worden. Der Beklagte replicirt, unter Tarifänderung sei nur Erhöhung der Eisenbahntaxen zu verstehen, den alten Frachtansatz könne er aber auch deßhalb fordern, weil die Klägerin verpflichtet gewesen sei, das Frachtgut noch im Jahre 1884 abzuliefern und die Folgen der Verspätung selbst zu tragen habe.

Post 5 Decalo auf der Seereise: Derselbe betrage nur etwa $^1/_2$ $^0/_0$, während die Eisenbahnen 2 $^0/_0$ als den natürlichen Manco betrachten.

Post 7—9 Schadensersatz wegen Beschlagnahme: Letztere sei gerechtfertigt gewesen und mache daher die Klägerin für nichts haftbar. Soweit der Erlös ihr zugekommen, sei derselbe durch die in Venedig entstandenen Gerichtskosten aufgewogen. Bei Post 9 werde der verlangte Werth von 40 Fr. per Fass bestritten und nur 25 Franken anerkannt.

Entscheidungsgründe:

1. Der Vertrag, worauf die Klage sich stützt, kam durch den Depeschen- und Briefwechsel der Parteien vom 1. Dezember 1884 zu Stande, worin dieselben auf die klägerische Offerte vom 11. November Bezug nahmen. Frägt man nach der rechtlichen Natur desselben, so läßt zwar die Ausdrucksweise in einigen Stellen der Correspondenz bezüglich des Seetransportes an einen *Mieth*vertrag über eine Barke denken (siehe namentlich die Briefe des Beklagten vom 31. Dezember 84 und 4. Februar 1885), allein dem widersprechen wiederum anderweitige Aeusserungen, insbesondere das im Brief des Beklagten vom 2. Dez. und demjenigen der Klägerin vom gl. Mts. dokumentirte Einverständniß der Kontrahenten, daß es dem Schiffsführer unbenommen sei, das Schiff auch noch anderweitig zu befrachten. Noch mehr spricht sodann die Thatsache gegen die Intention eines Miethvertrages, daß weder vom Beklagten ein bestimmtes Schiff zum Gegenstand der Vereinbarung gemacht, noch ein Pauschalansatz für den Seetransport verabredet, vielmehr die Leistung an die Klägerin nach einem Gewichtseinheitsansatz normirt wurde und zwar insgesammt für den ganzen Transport von Spalato nach Genf. Die Klägerin verpflichtete sich gegen das Zahlungsversprechen auf die verabredete Einheitstaxe zur Beförderung von Kaufmannsgut von Spalato nach Genf. Diese Leistung ist diejenige des Frachtführers; da indeß Klägerin den Transport jedenfalls auf der Landstrecke, wohl aber auch, wie namentlich ihr Brief vom 2. Januar 1885 andeutet, auf dem Seewege nicht selbst besorgte, wenn auch auf eigenen Namen übernahm, so erscheint dieselbe als Transportkommissionärin und der Vertrag demnach als Speditionsvertrag.

2. Als Erfüllungsort und „Sitz des Vertrages“ ist Venedig zu betrachten; denn obschon mit der Uebergabe des Gutes in Venedig an die Eisenbahn zur Beförderung nach Genf die Verpflichtungen der Klägerin erst erfüllt waren, wenn die Eisenbahn ihren Auftrag gehörig vollzog, so waren damit doch die Leistungen, welche die Klägerin aller Wahrscheinlichkeit nach aus dem Vertrage treffen konnten, besorgt, und wenn weiter in Betracht gezogen wird, daß auch die Gegenleistung des Beklagten, in der Zahlung der Frachtsumme und der Auslagen bestehend, am Domizil des Gläubigers, (Art. 84 Ziff. 1 des O.-R.) also in Venedig zu entrichten war, so kann um so weniger Genf oder eine der Adressirungsstationen der Waare für den Erfüllungsort gelten. Wenn sich nun frägt, welchem örtlichen Rechte der Vertrag unterworfen sei, so ist dies nach einer allgemeinen Rechtsansicht, welcher dießfalls beim Mangel einer einschlägigen Bestimmung im Bundesgesetz über das Obligationenrecht zu folgen ist, (siehe Entscheid des Bundesgerichtes vom 18. Juli 1885 i. S. Scholder ca. Wolf A. S. Bd. XI S. 363 Erwägung 5 und Hafner O.-R., Einleitung Seite XXIV) das-

jenige örtliche Recht, das nach der innern Natur des Verhältnisses als einverstanden erscheint und als solches gilt das Recht des Erfüllungsortes. Hieraus folgt, daß das italienische Recht den streitigen Vertrag beherrscht. Dasselbe ist zwar von den Parteien, welche die Frage der Rechtsanwendung nicht berührt haben, nicht angerufen worden, sofern der Richter aber von deßen Inhalt sichere Kenntniß hat, ist derselbe gemäß § 289 des Rechtspflegegesetzes verpflichtet, dasselbe von Amtes wegen zu beachten und letztere Frage darf hier wohl bejaht werden.

3. Maßgebend ist das Handelsgesetzbuch für das Königreich Italien vom 25. Juni 1865 und für diesen Prozeß kommt speziell Art. 78 Satz 1 in Betracht, wo die Haftung des Kommissionärs für Transporte zu Lande und zu Wasser dahin bestimmt wird: „Er haftet dafür, daß die Waaren in der im Frachtbrief bestimmten Frist eintreffen, jedoch mit Ausnahme der Fälle einer gesetzlich erwiesenen höhern Gewalt". Aehnliche Bestimmungen sind bezüglich des Landfrachtvertrages enthalten in Art. 83, wo indeß nur von der „verabredeten" Frist die Rede ist und hinsichtlich des Befrachtungsvertrages zur See in Art. 402, wornach der Capitain dem Befrachter zum Schadensersatz dann verpflichtet wird, wenn das Schiff durch seine Veranlassung bei der Abfahrt, auf der Reise oder am Ausladungsorte aufgehalten worden ist oder eine Verzögerung erlitten hat. Die Anwendung der erstgenannten Vorschrift ist entscheidend für diejenigen Ansprüche der Gegenrechnung des Beklagten, welche sich darauf stützen, daß die Klägerin ihre Pflicht zur beförderlichen Ablieferung des Gutes verletzt habe, also namentlich für Post 6 und zum Theil Post 1, 2, 4, 5 und 10.

4. Es kann nämlich weder die Einrede, daß der Beklagte alle Gegenansprüche durch vorbehaltlose Annahme des Frachtgutes aufgegeben, noch die weitere, daß er auf dieselben in seinen Briefen vom 6. Januar und 24. Februar verzichtet habe, als begründet erachtet worden, denn jene erste Folgerung ist mit der Annahme des Frachtgutes gemäß Art. 84 des italienischen Handelsgesetzbuches (übereinstimmend schweiz. O.-R. Art. 462) nur verbunden, wenn zugleich die Fracht bezahlt wird, was hier ja nicht geschah. In den citirten Briefen die Kundgebung des Willens zu erblicken, daß auf erworbene Ansprüche verzichtet werde, dürfte als gewagt erscheinen, wenn die frühern Reklamationen sowie die spätere Wiederaufnahme derselben in Betracht gezogen werden; in dieser Hinsicht war allerdings die Stellungnahme des Beklagten keine klare und offene, sie konnte die Klägerin zur Auffassung, daß auf Reklamationen verzichtet werde, veranlassen, aber eine genügende, den Beklagten bindende Erklärung liegt nicht vor.

5. Im Vertrage der Parteien wurde nun jedenfalls nicht *ausdrücklich* eine bestimmte Frist für die Ablieferung des Gutes vorgesehen, Art. 78 ist indeß wohl, wie im Zweifel aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergibt, dahin auszulegen, daß es für eine derartige Vereinbarung weder der schriftlichen Form noch einer *ausdrücklichen* Erklärung bedarf, sondern daß es genügt, wenn der Wille hiefür in den übrigen den Vertragsabschluß begleitenden Umständen klar erkannt werden kann. In dieser Hinsicht kommt jedenfalls die Unterredung in Betracht, welche der Vertreter der klägerischen Gesellschaft, Tomaselli im November 1884 mit dem Beklagten hatte und als deren Inhalt darf in Würdigung der gegenseitigen Darstellungen der Parteien angesehen werden, daß Tomaselli dabei in Aussicht stellte, die Fahrt von Venedig nach Spalato und umgekehrt werde bei günstigem Wind nur 3—4 Tage dauern, zugleich aber auch durchblicken ließ, daß bei ungünstigen Verhältnissen eine erheblich längere Dauer bis zu 30 Tagen gewärtigt werden müsse. Dieß war auch bei der Natur der Segelschifffahrt selbstverständlich, ja nach derselben konnte eine Reisedauer von 30 Tagen nicht einmal als das mögliche Maximum bezeichnet werden, daher wäre es nicht richtig, anzunehmen, daß die Klägerin eine bestimmte Verpflichtung zur Ablieferung wenigstens in einer, der letztern Fahrdauer entsprechenden Frist übernommen habe, vielmehr ging die Absicht der Klägerin offenbar dahin, jede Verbindlichkeit bezüglich der

Lieferfrist abzulehnen; dieß ist in ihrem Brief vom 11. November ganz deutlich ausgesprochen und daß Tomaselli etwas anderes förmlich zugesichert habe, ist nicht bewiesen, gegentheils unwahrscheinlich, da Klägerin sich wohl kaum hiezu hätte herbeilassen können.

6. Aus der Natur des Speditionsvertrages folgt indeß, daß der Spediteur auch ohne besondere Verabredung verpflichtet ist, die Ablieferung thunlichst zu befördern. Weiter ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen über die Erfüllung zweiseitiger Verträge in Art. 1224 und 1225 des italienischen Civilgesetzbuches und aus den weiter oben erwähnten, in Art. 402 des Handelsgesetzbuches enthaltenen Bestimmungen über die Verpflichtung bei der Seefracht, daß der Spediteur verpflichtet ist, hierauf jedenfalls so viel Sorgfalt zu verwenden, daß ihm nicht der Vorwurf der Nachlässigkeit oder geradezu der Arglist gemacht werden kann, ansonst derselbe für allen hieraus entstehenden Schaden verantwortlich wird. In dieser Hinsicht ist nun allerdings die lange Dauer sowohl der Hin- als der Rückreise der Barke auffallend, letztere machte bei ersterer in Sebenico einen Aufenthalt, dessen Dauer zwar nicht genau festgestellt ist, wahrscheinlich aber sehr erheblich war und wohl 14—16 Tage betrug, da ansonst für Befahrung der kurzen Strecke nach Spalato eine ganz unwahrscheinlich lange Dauer entfiele und auch auf der Rückreise lief das Schiff an einem Küstenorte ein, der weit ab von dessen kürzester Route gelegen zu sein scheint (Umago in Istrien, siehe Brief vom 6. Januar 1885). Endlich deutet sowohl der Brief der Klägerin vom 6. Januar 1885 als auch der heutige Vortrag ihres Anwaltes darauf hin, daß die Barke, statt wie dem Beklagten telegraphisch angezeigt wurde, am 1. Dezember, erst fünf Tage später Venedig verließ, ja es muß der Verdacht entstehen, jene Anzeige sei bewußt unwahr und arglistig abgegeben worden. Allein letztere Annahme wäre immerhin gewagt, da ein Versehen in dieser Hinsicht, — wie dasselbe von der Klägerin in ihrem Briefe vom 12. Jan. 1885 und heute von deren Anwalt behauptet wurde, erklärlich und nicht unbedingt unentschuldbar ist. Ob die Barke thatsächlich am 1. oder am 6. Dezember abgereist sei, kann nun freilich auf Grund der gegenwärtigen Akten, die in dieser Hinsicht Widersprüche enthalten, nicht ermittelt werden; der an sich schon wegen der Reisedauer wahrscheinlichern Annahme des *spätern* Datums stehen die Mittheilungen der Klägerin vom 1. und 5. Dezember 1884 und 12. Januar 1885 entgegen, deren Unwahrheit nicht erwiesen ist. Ist aber die Abfahrt der Barke auf den 1. Dez. anzusetzen, so ergibt sich für deren Hinfahrt nach Spalato eine Dauer von 34 Tagen. Dieselbe muß auch Angesichts der Verhältnisse der Segelschifffahrt als auffallend lang erscheinen. Immerhin ist damit der dem Beklagten obliegende Beweis einer Nachlässigkeit der Klägerin oder des Schiffsführers, für den letztere einzustehen hat, nicht ohne Weiteres geleistet, und auch nicht dadurch, daß ein längerer Aufenthalt in einer Zwischenstation, Sebenico nachgewiesen ist. Denn, ohne daß hier die Frage erörtert werden müßte, ob und inwieweit die Barke, um segeln zu können, Ballast bedurft hätte, darf ohne weiteres angenommen werden, Klägerin, die ja nicht ein Schiff speziell dem Beklagten vermiethete, sondern den Seetransport als Spediteurin übernahm und damit die Leistung des gewöhnlichen Frachtführers vermittelte, sei berechtigt gewesen, auf dem Hin- und Herwege auch anderweitige Frachtgüter aufzunehmen und zu deren Abgabe unterwegs anzuhalten, wie es in Sebenico geschah (siehe Brief der Klägerin vom 2. Januar 1885), da dies ja offenbar zur regelmässigen Betriebsweise der Segelschiffahrt, vorab in Binnenmeeren gehört, und dieß auch dem Beklagten bekannt sein mußte, der das Aequivalent der hieraus möglicherweise entstehenden und zu gewärtigenden Nachtheile in der billigen Frachttaxe erblicken mußte. Daß der Beklagte damit einverstanden war, ergiebt sich übrigens aus seinem Briefe vom 2. Dez. 1884. Sache des Beklagten wäre es demnach gewesen, weitere Anhaltspunkte dafür zu geben, daß die Klägerin oder ihre Organe, sei es bei der Hin- oder der Rückfahrt, welche letztere allerdings auch eine auffallend hohe Dauer zeigt, durch Nachlässigkeit eine Verzögerung bewirkt haben. Es

hätten z. B. die vom Kapitän wohl zu führenden Schiffsbücher oder dieser und die Matrosen als Zeugen angerufen werden können; allein in dieser Hinsicht ist Nichts geschehen. Dagegen enthalten die von der Klägerin vorgelegten Witterungsberichte triftige Momente für den Gegenbeweis; denn, was hier über den Zustand des Meeres und die Windverhältnisse in der kritischen Zeit festgestellt ist, läßt darauf schließen, daß das Meer öfters unruhig und der Wind zumeist dem Kurs des Schiffes entgegen war, und zwar an manchen Tagen mit großer Stärke, alles Faktoren, welche das in Frage stehende Trajekt erschweren und verzögern mußten, und es beispielsweise wahrscheinlich machen, daß es die Sicherung des Schiffes und seiner Ladung war, die das Einlaufen desselben in Umago, also die Wahl eines von der geraden Linie stark abweichenden Kurses bei der Rückfahrt veranlaßten, und es ist ferner glaubhaft, daß die Barke durch diese Witterungsverhältnisse so auffallend lange in Sebenico zurückgehalten wurde; das eigene Interesse des Schiffsführers drängte denselben wohl auch, das Ziel sobald als möglich zu erreichen und nicht ohne Noth lange unterwegs anzuhalten. Es ist demnach nicht anzunehmen, daß die Verzögerung des Transportes auf dem Verschulden der Klägerin beruhe.

7. Die Frage, ob die Klägerin ihre Vertragspflichten erfüllt habe, wäre übrigens auch bei Zugrundelegung des schweiz. O.-R. zu bejahen. Nach Art. 448 desselben gilt der Spediteur als Frachtführer. Dieser haftet gemäß Art. 458 und 457 für allen Schaden, welcher aus Verspätung in der Ablieferung des Gutes entstanden ist, sofern er nicht beweist, daß diese durch höhere Gewalt bezw. ein Verschulden oder eine Anweisung des Absenders oder des Empfängers verursacht sei. Die Dauer des Transportes ist nun allerdings eine so auffallend lange, daß bei derselben eine Verspätung im Sinne des Gesetzes angenommen werden muß, und der Klägerin liegt demnach der genannte Beweis ob. Als höhere Gewalt sind beim Seetransport jedenfalls Witterungszustände zu betrachten, welche dessen Ausführung ganz oder theilweise verunmöglichen bezw. verzögern. Der Beweis dafür, daß solche in der That zur kritischen Zeit vorhanden waren, kann aber, wie schon ausgeführt wurde, in den von der Klägerin produzirten Berichten der meteorologischen Beobachtungsstation erblickt werden.

8. Demzufolge ist auf diejenigen Posten der Gegenforderung, welche aus mangelhafter Vertragserfüllung hergeleitet werden, nicht weiter einzutreten, namentlich Post 6 mit ihren Unterabtheilungen, ferner Post 4, Decalo auf dem Quai in Spalato, Post 1, Spesen des Morpurgo, welche angeblich durch verspätetes Eintreffen der Barke daselbst veranlaßt wurden, und als Argument der Begründung fällt die Verzögerung außer Betracht bezüglich Post 2 betr. erhöhte Frachttaxe, Post 5, Decalo auf der Seereise, und Post 10, Auslagen für Telegramme und Porti.

9. Mit Bezug auf Post 2, Fr. 150. 40 Cts. angeblich zu hoch berechnete Fracht, womit nicht sowohl eine Gegenforderung erhoben, als vielmehr die Klage theilweise bestritten wird, kann wie schon berührt, der Anspruch auf die geringere Taxe von Fr. 5. 05 per 100 Kilo nicht durch die Verzögerung der Ablieferung bis ins Jahr 1885 hinein begründet werden. Jener niedrige Frachtansatz war aber für die Klägerin laut ihrem Brief vom 7. November nur bis Ende Dezember 1884 verbindlich, und dabei überhaupt eine Erhöhung vorbehalten für den Fall, daß „Tarifänderung" eintreten werde; derselbe tritt somit schon wegen jener zeitlichen Beschränkung außer Kraft, so daß nicht zu untersuchen ist, ob letztere Voraussetzung ebenfalls gegeben sei in Folge Wegfalles der dem Hause Cirio eingeräumten und von diesem weiter an die Klägerin abgetretenen Tarifsvergünstigung.

10. Alle übrigen Posten der Gegenrechnung, No. 7 Fracht und Spesen für Nachsendung von 47 Fässer nach Spalato, an Stelle der von der Klägerin beschlagnahmten, Post 8, Fr. 500., Nachtheile in Folge der durch die Beschlagnahme verursachten Stockung im Geschäftsbetrieb bei der beklagtischen Filiale in Spalato, Post 9, Fr. 1680 als Werth der 42 Fässer, die in Venedig beschlagnahmt wurden, und endlich, bezüglich ihrer weitern Begründung, Post 10, Forderung für Auslagen an Depeschen und Porti, sind davon

abhängig, ob die Klägerin zu ihrem gerichtlichen Vorgehen in Venedig gegen den Beklagten berechtigt gewesen sei, bezw. demselben daraus etwas schulde. Der Anspruch der Klägerin auf die erwirkte Beschlagnahme sowie die Kompetenz der venetianischen Behörde zur Exekution derselben kann nun schon an sich, namentlich aber auch im Hinblick auf die Rechtskraft der dortigen Dekrete keinem Zweifel unterliegen, und weiter ist bescheinigt, daß der Klägerin nur der Fr. 270 betragende Erlös von 27 Fässern zukam, diese dagegen in Folge des Urtheils vom 5. Juni 1885 gegenüber dem Beklagten eine jenen Betrag erheblich überschreitende Forderung für Gerichtskosten erwarb, während die weiterhin bei Gebr. Weiß verarrestirten 15 Fässer von diesen für eigene Forderungen retinirt wurden. Der Beklagte ist demnach auch mit diesen Gegenforderungen abzuweisen. Wenn derselbe die von der Klägerin gegen ihn in Venedig eingeleiteten Zwangsmaßregeln als illoyal oder gar dolos bezeichnet, so trifft ihn der gleiche Vorwurf jedenfalls in viel höherm Grade; denn sein Benehmen läßt vermuthen, daß bei ihm, als er die Klägerin veranlaßte, über ihre sehr bedeutenden Baarauslagen hinaus noch die Fracht von Genf nach den Endbestimmungsorten der Waare in der Schweiz und sogar die Rückfracht der leeren Fässer nach Venedig für ihn zu bezahlen, der Hintergedanke bereits feststand, nachher die Forderung zu bestreiten. Diese Absicht, welche mit Treu und Glauben im grellen Widerspruche steht, scheint durch die Korrespondenz des Beklagten dokumentirt, namentlich darin, daß derselbe, als das Frachtgut in den Besitz der Klägerin gelangt war und diese die Verfügung darüber hatte, am 6. Jan. und 24. Febr. von Schadensersatzansprüchen nicht oder, wie im letztern Brief, nur verdeckt, etwas erwähnte, um dann später, als von der Klägerin keine Leistungen mehr zu erwarten waren, sofort mit einer Gegenrechnung hervorzurücken und dafür auf seine frühern Reklamationen zu verweisen. Diesem Verhalten des Beklagten gegenüber kann es der Klägerin wohl nicht verargt werden, daß sie sofort, nachdem sie die Absichten des Beklagten kannte, von den ihr diesem gegenüber zu Gebot stehenden Zwangsmitteln ebenfalls Gebrauch machte, obschon sie voraussehen konnte, daß solche ihr weniger Nutzen, als dem Gegner Schaden bringen werden.

11. Nach diesen Ausführungen ist die Klage, soweit dieselbe nicht fallen gelassen wurde, gutzuheißen, und da die hier einzig in Betracht kommende Post von 4 Fr. 06 von Anfang an anerkannt wurde, so kann dies auf den aus dem vollständigen Obsiegen für die Klägerin erwachsenden Anspruch auf Prozeßentschädigung keinen Einfluß üben, während die Kosten ganz dem Beklagten aufzulegen sind. Der Zinsanspruch wurde nicht bestritten und ergibt sich übrigens aus dem Verzuge des Beklagten.

Schluss:

1. Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerschaft Fr. 5980. 34 nebst Zins à 6 % seit 9. April 1885 zu bezahlen.
2. Die Staatsgebühr wird auf 150 Fr. festgesetzt.
3. Die Kosten sind dem Beklagten aufgelegt.
4. Derselbe hat der Klägerschaft eine Prozeßentschädigung von 150 Fr. zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Das »rechtliche Interesse« als Voraussetzung zur Nebenintervention (§ 245 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes.)

Oettinger und Cie. in Zürich hatten dem Freiherrn von Watzdorf erhebliche Beträge durch Waarenlieferung und Gelddarleihen kreditirt. Die von Watzdorf versprochenen Zahlungen blieben aus und es zeigte sich im Weitern, daß der Freiherr wegen Verschwendung unter Vormundschaft gestellt worden sei. Oettinger und Cie. verzeigten hierauf den Watzdorf wegen Betruges und es wurde derselbe in Untersuchungshaft gesetzt. Um die Wiederentlassung des Angeschuldigten zu erwirken. deponirte der Vormund desselben den Betrag von 6000 Fr. zur Deckung der Geschädigten wie auch der Gerichtskosten und anerkannte den hiesigen Gerichtsstand bezüglich der Streitfrage, welcher Anspruch den Damnificaten Oettinger und Cie. zustehe.

Daraufhin wurde nun die Untersuchung sistirt, da Watzdorf nicht als mittelloser Hochstapler sich herausstellte, sondern vielmehr über ein jährliches Renteneinkommen von 10—12,000 Mark sich auswies.

Oettinger & Cie. reichten nunmehr beim Bezirksgericht Zürich gegen Watzdorf eine Forderungsklage im Betrage von 4758 Fr. 85 ein. Zur Hauptverhandlung wurde Tag angesetzt auf den 20. März 1886 und da der Beklagte unentschuldigt ausblieb, wurde derselbe neuerdings auf den 17. April und zwar peremtorisch vorgeladen. Auch an diesem Tage erschien er nicht, dagegen trat Karl Beck, Küchenchef im Hotel Central auf und verlangte als Nebenintervenient gehört zu werden, behauptend, er habe ein rechtliches Interesse daran, daß die Kläger mit ihrer Forderung nur in einem geringern als dem geltend gemachten Umfange obsiegen. Um dies darzuthun, machte er geltend, Watzdorf habe auch ihm grössere Beträge abzuschwindeln gewußt, bis auf 9000 Fr., und er deßhalb unterm 22. Dezember 1885 auf das bezeichnete Depositum von 6000 Fr. Arrest legen lassen, je weniger daher der Klägerin zugesprochen werde, desto mehr erhalte er von dem Depositum. Ueber die Frage der Vertheilung der 6000 Fr. habe er gegenüber Oettinger und Cie. bereits Weisung des Friedensrichteramtes aushingenommen.

Das Bez.-Gericht beschloß, die Intervention *nicht* zuzulassen, im Uebrigen aber das Verfahren einzustellen bis nach Erledigung eines allfälligen Rekurses bezw. fruchtlosem Fristablauf. In der That rekurirte auch Beck und stellte den Antrag, es möchte ihm gestattet werden, als Nebenintervenient an Stelle des Beklagten und ohne Rücksicht auf dessen Ausbleiben den Prozeß fortzuführen, eventuell, daß im Dispositiv oder in den Erwägungen ausdrücklich erklärt werde, es bleibe ihm vorbehalten, in dem zwischen ihm und Oettinger & Cie. über Herausgabe resp. Theilung der deponirten 6000 Fr. entstehenden Prozesse die Forderung Oettinger an Watzdorf in ihrem Detail anzufechten und ein in Sachen Oettinger gegen Watzdorf erlassenes Urtheil im Prozesse seiner ca. Oettinger über die Vertheilung des Depositums hinsichtlich der Größe der Oettinger'schen Forderung gegenüber ihm keine Rechtskraft habe.

Der Rekurs wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Nach § 245 des Gesetzes über die Rechtspflege hat, wer sich in einen Rechtsstreit einmischen will, nicht bloss ein Interesse überhaupt, sondern ein *rechtliches* Interesse am Ausgange des Prozesses zu bescheinigen. Als solche Fälle, in denen ein rechtliches Interesse des Nebenintervenienten besteht, hat die frühere Praxis angenommen (Ullmer, Zivilprozeß S. 62):

wenn das Recht des Intervenienten an einer Sache oder sein Anspruch an eine Partei durch deren Obsiegen bedingt ist z. B. das Recht des Legatars durch das Obsiegen des Erben (Beiträge IV 241), das Recht des Gesellschafters durch das Obsiegen des Mitgesellschafters (Zeitschrift IV 75),

oder wenn der Intervenient im Falle des Unterliegens als Verkäufer oder Fideijussor haften müßte.

Es ist klar, daß hier keiner der angeführten Fälle zutrifft, aber auch ein anderes *rechtliches* Interesse des Rekurrenten am Ausgange dieses Prozeßes besteht nicht, denn es ist klar, daß sein Recht, in dem von ihm gegen Oettinger und Cie. darüber anhängig gemachten Rechtsstreite, ob nicht das von Watzdorf geleistete Depositum von 6000 Fr. im Verhältnisse von 3600 zu 7750 Fr. zwischen ihm und Oettinger zu theilen sei, den Betrag der Forderung des letztern zu beanstanden, durch einen diesem günstigen Ausgang des Prozesses mit Watzdorf nicht ausgeschlossen wird. Daß aber das Obsiegen Oettingers im letzteren Prozeße prozessualische Nachtheile für ihn zur Folge haben und ihn daher faktisch benachtheiligen mag, ist kein *rechtliches,* sondern nur ein *faktisches* Interesse, auch würde ihm durch Zulassung seiner Intervention die Durchführung des Prozesses mit Oettinger, was mitunter auch schon als rechtliches Interesse gedeutet worden ist (Schaubergs Beiträge IV 241 u. f.) keineswegs erspart, da zur Zeit weder sein Recht auf das fragliche Depositum noch der

Betrag seiner eigenen Forderung als liquid oder von Oettinger anerkannt betrachtet werden darf. (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 8. Juni.)

Der im Vaterschaftsprozess intervenirende Gemeinderath des Heimathsortes des Beklagten kann die Klageverspätung auf Grund des § 286 des Pr. G.-B. nicht als ihm zustehende Einrede geltend machen.

In einem Vaterschaftsprozeß intervenirte der heimathliche Gemeindrath des Beklagten und verlangte, daß das von der Klägerin geborne Kind dem Beklagten nur als ein uneheliches zugesprochen und demnach erklärt werde, daß dasselbe Geschlechts- und Bürgerrechtshalber der *Mutter* folge. Diesen Antrag begründete er damit, daß die Vaterschaftsklage verspätet, d. h. erst nach Ablauf von 6 Wochen seit der Geburt des Kindes angebracht worden sei (§ 286 des Pr. G.-B.) Der Beklagte selbst hatte die Einrede der Verspätung nicht geltend gemacht, sondern die Klage in vollem Umfange anerkannt d. h. sich damit einverstanden erklärt, daß ihm das von der Klägerin geborne Kind als ein *Brautkind* Geschlechts- und Bürgerrechtshalber zugesprochen werde, weil er nicht nur die Zeugung des Kindes, sondern auch, daß dieser ein Eheversprechen vorausgegangen sei, anerkennen müsse. Die erste Instanz hieß die Einsprache des Gemeindraths gegen die Erklärung des Kindes als Brautkind gut, *die zweite dagegen verwarf dieselbe* und zwar

aus folgenden Gründen:

1. Die sogenannte Hauptintervention ist strenge genommen keine Einmischung in einen bereits anhängig gemachten Prozess, sondern eine gegen beide Prozeßparteien gerichtete Klage und der Gemeindrath, welcher gemäß § 515 des Rechtspflegegesetzes als Hauptintervenient auftritt, ist daher als Kläger gegenüber den beiden Eltern des Kindes zu betrachten. Als solcher hat er das Fundament seiner Klage zu beweisen und dieses kann gegenüber den beiden Beklagten, welche behaupten, daß das von der Klägerin geborne Kind vom Beklagten unter Eheversprechen erzeugt sei, nur in der Thatsache bestehen, daß der Zeugung ein Eheversprechen nicht vorausgegangen sei. Wie aber der Gemeindrath das Recht haben soll, sich in seinem selbstständigen Prozesse der dem Vaterschaftsbeklagten zustehenden Einrede der Verwirkung wegen Nichtbeachtung der Frist des § 286 des Pr. G.-B. zu bedienen, wenn der letztere selbst diese Einrede nicht gestellt, ja sogar ausdrücklich darauf verzichtet hat, ist nicht einzusehen.

2. Eine ganz andere Frage ist die, ob der Gemeindrath eine solche Verspätung nicht als Indizium für den von ihm zu führenden Beweis in Anspruch nehmen dürfe. Dieß ist natürlich zu bejahen, ja es kann dieses Indizium sogar eine sehr große, selbst entscheidende Bedeutung gewinnen, wie z. B. wenn keine Spuren eines Verlöbnisses vor der Erzeugung des Kindes bestehen und die Klägerin erst lange nach Ablauf der Frist des § 286 ihre Klage beim Friedensrichter geltend gemacht hat. Zu diesen Fällen mag man auch den in Band X der Zeitschrift pag. 54 abgedruckten zählen, wo 17 Wochen von der Geburt bis zur Anhängigmachung der Klage verstrichen waren, ohne daß vorher irgend etwas zum Zwecke der Legitimirung des Kindes als Brautkind geschehen war. Wenn dagegen in jenem Praejudiz (abgedruckt in Streulis Commentar zu § 515 des Rechtspflegegesetzes Ziff. 6) der die Einsprache gutheissende Entscheid damit begründet wird, daß der letztere das Recht habe, die Verspätung der Vaterschaftsklage gemäß § 286 als ihm zustehende Einrede geltend zu machen, so muß dies als unrichtig bezeichnet werden.

3. Im vorliegenden Falle kann nun davon keine Rede sein, daß die Verspätung der Klage auch nur ein Indizium dafür bilde, daß das Kind nicht unter Eheversprechen erzeugt worden sei; denn es hat die Anerkennung dieses Eheversprechens durch den Beklagten schon vor Ablauf der Frist des § 286 stattgefunden, und es wagt der Gemeindrath selbst nicht im Ernste zu behaupten, daß dieselbe auf Unwahrheit beruhe.

4. Das von der Klägerin unterm 23. Juni

1885 geborne Kind ist daher als Brautkind des Beklagten zu erklären und erhält demgemäß das Bürgerrecht der Gemeinde Hedingen. (Obergericht Zürich, Appellationskammer. Elise Haug ca. Gemeindrath Hedingen 8. Juni 1886.)

Erbrechtliches.

Die in § 1929 des privatrechtlichen Gesetzbuches für die Erbfolge der großelterlichen Parentelen vorgeschriebene Zweitheilung des Nachlasses nach der Seite der väterlichen und mütterlichen Großeltern ist ebenfalls eine *Stamm*theilung im Sinne des § 1934 und findet daher nicht mehr statt, sobald nur entferntere Erben als Geschwisterkinder des Erblassers vorhanden sind.

Eine Erblasserin hinterließ als gesetzliche Erben lediglich Kinder, Enkel und Urenkel von Geschwisterkindern, also Angehörige der großelterlichen Parentel *ausserhalb* der Linie der Geschwisterkinder. Der § 1929 des privatrechtlichen Gesetzbuches, welcher sich unter dem Titel: „Erbfolge der großelterlichen Parentelen" befindet, bestimmt: „Die eine Hälfte der Verlassenschaft fällt auf Seite der Großeltern *vom Vater her* und ihrer ehelichen Nachkommen, die andere auf Seite der Großeltern *von der Mutter her* und deren eheliche Nachkommenschaft." Gestützt auf diese Bestimmung verlangte ein Theil der Erben (die Kläger), daß der Nachlaß zur Hälfte den Nachkommen der Großeltern väterlicherseits und zur Hälfte denjenigen der Großeltern mütterlicherseits zugeschrieben, also vor Allem aus diese Zweitheilung nach Vater- und Mutterseite vorgenommen werde. Die so geschaffenen zwei Hälften sollten dann *jede für sich* unter die *speziellen* Nachkommen des betreffenden Großelterntheils und zwar nach Köpfen, jedoch unter Berücksichtigung des Eintrittsrechtes vertheilt werden. Der andere Theil der Erben (die Beklagten), widersetzte sich der genannten Zweitheilung des Nachlasses und verlangte, daß dieser *in seiner Totalität* nach Köpfen unter die sämmtlichen Kinder vorverstorbener Geschwisterkinder vertheilt werde und soweit diese nicht mehr am Leben seien, der betreffende Kopftheil sich gemäß dem Eintrittsrecht weiter auf deren Nachkommen vererbe. Dafür, daß diese Art der Nachlaßtheilung richtig sei, berief man sich auf den § 1934 des privatrechtlichen Gesetzbuches, welcher lautet:

„Bis zur Linie der Geschwisterkinder „dauert auch die Stammtheilung fort. Sind „nur entferntere Erben vorhanden, so theilen „die auf gleicher Linie stehenden Erben „nach Köpfen." Die Beklagten behaupteten, daß auch die sogenannte Zweitheilung nach der Vater- und Mutterseite beziehungsweise der Seite der väterlichen und der Seite der mütterlichen Großeltern hin eine Stammtheilung sei, die nach § 1934, weil nur entferntere Erben als Geschwisterkinder der Erblasserin vorhanden seien, — wegfalle und die reine Kopftheilung unter die Kinder der Geschwisterkinder mit nachfolgendem Eintrittsrecht zur Folge habe. Der § 1934 enthalte somit eine Einschränkung des in § 1929 aufgestellten Principes auf die Fälle, in denen noch der Linie der Geschwisterkinder angehörende Erben vorhanden seien. Anders die Kläger, sie nahmen den Standpunkt ein, jene Zweitheilung sei keine Stammtheilung und werde somit durch den § 1934 überall nicht eingeschränkt. Die Stammtheilung sei nur die von den großelterlichen Parentelen abwärts gehende Theilung nach den Stämmen von Onkeln, Tanten, Geschwisterkindern des Erblassers etc.

Beide Instanzen entschieden zu Gunsten der beklagtischen Auffassung, verwarfen also die Zweitheilung nach Vater- und Mutterseite und acceptirten die Kopftheilung unter die Linie der Kinder von Geschwisterkindern mit nachfolgendem Eintrittsrecht.

Gründe:

1. Im vorliegenden Falle kommen als Erben nur Kinder, Enkel und Urenkel von Geschwisterkindern in Betracht. Da nun nach § 1933 des Pr. G.-B. in der hier berufenen großelterlichen Parentel das Eintrittsrecht durchweg gilt, so erben Kinder und Enkel vorverstorbener Kinder von Geschwisterkindern an Stelle des Vorverstorbenen zusammen den auf diesen entfallenden Kopftheil.

2. In den §§ 1929 und 1932 ist auch noch für diese Parentel das Prinzip der Stammtheilung festgehalten, doch wird dasselbe durch § 1934 eingeschränkt auf die Linie der Geschwisterkinder. Die Frage ist nun die, ob in Fällen des § 1934 die Stammtheilung je *von Anfang an* nicht Platz greife und somit die Erbschaft nicht nach Vater- und Mutterseite hin halbirt werde, oder ob das Letzere zwar geschehe, dagegen dann je innerhalb des Vater- und Mutterstammes Kopftheilung eintrete. Die Beantwortung hängt wesentlich davon ab, ob Stammtheilung und Zweitheilung zwei verschiedene, sich ausschliessende Begriffe seien. Diese Frage ist nun zu verneinen. Die Zweitheilung ist nichts anderes als eine Stammtheilung nach Oben, das oberste Glied jeder Parentel ist auch ein Stamm und zwar ein Hauptstamm, nach welchem die Parentel sich benennt.

Das Gesetz spricht z. B. in § 1935 von Vater- und Mutterseite, eben so richtig und zutreffend könnte es heißen: „Vater- und Mutterstamm" und wiederum ist in § 1937 gesagt, es finde in der urgroßelterlichen Parentelordnung keine Scheidung mehr nach Vater- und Mutterseite, *„noch nach den übrigen Stämmen"* statt. Aehnlich ist schon im Commissionalprotokoll zu diesem Paragraphen gesagt: „Im Uebrigen soll aber *weder* aufwärts noch abwärts nach Stämmen unterschieden werden."

3. Der § 1934 stellt ganz allgemein den Satz auf, daß die Stammtheilung überhaupt sich nur erstrecke bis zur Linie der Geschwisterkinder in der großelterlichen Parentel und macht keinen Unterschied zwischen Vater- oder Mutterseite, somit hört eben mit der Linie der Geschwisterkinder die Stammtheilung überhaupt auf und kommt für die folgenden Linien *von Anfang an* nicht in Betracht. Daß diese Interpretation eine richtige ist, ergiebt sich sowohl aus den beiden zu diesem Pargraphen angeführten gesetzlichen Erläuterungen, die sich in keiner Weise widersprechen, als aus dem Protokoll der Redaktionskommission, in welchem auf pag. 57/58 zum vorliegenden Paragraphen folgendes bemerkt ist:

„Der Redaktor bemerkte: Die Mehrheit habe gewünscht, das Eintrittsrecht und die Stammtheilung gleichmäßig zu behandeln, nun aber sei es durchaus nothwendig, in der großelterlichen Parentel eine Ausscheidung vorzunehmen. Bei Gelegenheit des Pflichttheils werde man eine Grenze suchen und diese ebenfalls in die großelterliche Parentel verlegen, sodann sei es, wenn Erben des Erblassers lediglich Kinder von Geschwisterkindern seien, dem natürlichen Gefühle widersprechend, diese Erben ungleich zu behandeln; Eintrittsrecht und Stammtheilung sei eben nicht das Gleiche, er würde daher vorschlagen: Innerhalb der großelterlichen Parentel wirkt das Eintrittsrecht fort, dagegen wird die Stammtheilung nur bis auf die Linie der Geschwisterkinder anerkannt; über diese Grenze hinaus erben die Nähern mit Ausschliessung der Entfernteren nach Köpfen. Mit Mehrheit wurde beschlossen, die Stammtheilung in der Linie der Geschwisterkinder aufhören zu lassen." (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 19. Juni 1886.)

Verlag von Orell Füssli & Co. in Zürich.

Handbuch
der
Zinseszins-, Renten-, Anleihen- und Obligationen-Rechnung
von V. Bærlocher.
Mit 5 Tafeln von F. Thomann.

Preis 15 Franken.

Das gediegene Buch ist eine höchst wichtige Erscheinung für **Finanzmänner, Nationalöconomen, Juristen, Beamte, Banquiers, Capitalisten, Besitzer von Anleihenslosen, Kameralisten, Handelsschulen, Universitäten, Versicherungs-Anstalten** etc.

Vorräthig in allen Buchhandlungen.

Im Verlage von *Orell Füssli & Co.* in *Zürich* ist erschienen:

Der
Civil- und Strafprozess
des
Kantons Zürich und des Bundes.

Ein Kommentar
auf Grundlage der Praxis
von
Dr. F. Meili,
Advokat und Privatdozent an der Universität und am Polytechnikum Zürich.

Band I.
Preis in Bädeker-Einband Fr. 6.

In unserm Verlage ist erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Strafrechtspflege und Gefängnisswesen

in England und Irland nach dem Urtheil der Howard Association. Ein Beitrag zur Beleuchtung der sog. Zwischenanstalten und der Gefangenarbeit im Freien.

Von **Carl F. J. Götting,**
Rechtsanwalt, z. Z. Mitgl. d. pr. Abg.-Haus.
Broschirt. Preis 1 Mk. 25 Pfg.

Gerstenberg'sche Buchhandlung in **Hildesheim.**

Unentbehrlich
für jeden Geschäftsmann
ist das im Verlage von **Orell Füssli & Cie.** in **Zürich** erschienene

Schweiz. Obligationenrecht
von
Bundesrichter Dr. Hafner.

Text-Ausgabe mit Anmerkungen und einem höchst praktisch angelegten, vollständigen Inhaltsverzeichniß.

Fein und dauerhaft gebunden.

Preis 6 Franken.
Zu beziehen durch jede solide Buchhandlung.

Bei uns ist erschienen:

Ueber den Begriff
der
höhern Gewalt
im deutschen Transportrecht.
Von
Dr. Heinrich Hafner.
Preis 3 Franken.

Zürich. Orell Füssli & Comp. Verlag.

In unserm Verlage erschien und ist in allen Buchhandlungen zu haben:

Recht, Leben und Wissenschaft.
Für Gebildete aller Stände.
Von **Carl F. J. Götting,**
Rechtsanwalt, z. Z. Mitgl. d. pr. Abg.-Haus.

Erstes Heft. 2. Ausgabe. Preis 1 Mk.
Zweites Heft: Die staatlichen Brutanstalten zur Vermehrung der Verbrechen und die beiden erlaubten Arten des Mordes. Preis 2 Mk. 40 Pfg.

Gerstenberg'sche Buchhandlung in **Hildesheim.**

1. Oktober 1886. V. Band. № 18.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Competenz-Entscheid

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 25. Juni 1886

in Sachen

der *Schweizerischen Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft in Liquidation* in Winterthur, Klägerin

gegen

die *Erben Lengsdorf und Streitgenossen betr. Schadenersatzforderung.*

Thatsächliches:

A. Im Frühjahr 1874 konstituirte sich in Winterthur eine Aktiengesellschaft unter der Firma „Schweizerische Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft". Als Zweck der Gesellschaft bezeichnen die Statuten: „Rückversicherung und Mitversicherung zu leisten zunächst gegen die Schäden und Verluste, welche Güter oder Fahrzeuge auf dem Transporte zur See, auf Flüssen resp. Binnengewässern oder zu Land treffen können." Am 1. November 1874 begann der Geschäftsbetrieb. Am 30. Oktober 1879 führte die Generalversammlung als neuen Geschäftszweig die Rückversicherung und Mitversicherung gegen Schäden und Verluste ein, *welche bewegliche und unbewegliche Gegenstände durch Feuer, Blitz und Explosion treffen können.* (Feuerbranche.)

B. Das Gesellschaftskapital wurde bei der Gründung auf fünf Millionen Fr. festgesetzt und eingetheilt in 5000 Aktien von je 1000 Fr. Auf jeder Aktie mußten 10 % des Nennwerthes einbezahlt und für die restirenden 90 % Obligationen dahin gehend ausgestellt werden, daß die weitern Einzahlungen bis zum vollen Betrage der Aktie nach statutengemässer Aufforderung auf die jeweilig festzusetzenden Termine ohne Widerspruch geleistet werden sollen. Die Gesammtsumme der geleisteten Einzahlungen betrug also 500,000 Fr. und mit diesem Kapital arbeitete die Gesellschaft bis im Frühjahr 1883. Am 14. April dieses Jahres beschloß dann aber die Gesellschaft, ins Stadium der Liquidation überzutreten und wählte sofort eine Liquidations- und Prüfungskommission. Die Veranlassung zu diesem Vorgehen liegt in Folgendem: Am 2. Januar 1883 verstarb plötzlich der Spezialdirektor der Gesellschaft Ewald Lengsdorf, und es knüpfte sich an diesen Vorfall sofort das Gerücht, daß die finanzielle Situation der Gesellschaft eine höchst bedenkliche geworden sei. Darauf erfolgten nähere Untersuchungen. Am 3. April wurde dem Verwaltungsrath der Jahresabschluß pro 1882 vorgelegt und die-

Miethvertrages forderte. Laut Urtheils vom 22. September 1885 erkannte die Appellationskammer des Obergerichts: Der Beklagte und Widerkläger sei verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten 6212 Fr. 49 sammt Zins à 5 % seit 1. Juli 1883 zu bezahlen, *die Widerklage sei im Betrage von 13,942 Fr. 45 Cts. gutgeheissen.*

Am 2. Juli 1883 erwarb Wittwe Brunner durch Bezahlung des Betrages an Titus Dürr, Vater auch *den Theil* der mit 1. Oktober 1883 fällig werdenden Miethzinsforderung an Titus Dürr & Cie., welcher ihr nicht schon laut des Kaufvertrages mit Titus Dürr, Vater zukam, nämlich die Rate vom 1. April 1883 bis einschließlich 23. Mai 1883, und belangte nun mit dem Rechtstriebe die Firma Titus Dürr & Cie. auf Zahlung von 3500 Fr. als Miethzins für das Halbjahr vom 1. April 1883 bis 1. Oktober 1883, nachdem am 8. Oktober Anzeige von der Abtretung der Forderung erfolgt war. Die Rekurskammer des Obergerichtes ertheilte laut Beschlusses vom 13. Februar 1884 Rechtsöffnung für 1750 Fr., also für die Hälfte der Forderung und zwar für die auf die Monate Juli, August und September fallende Hälfte. Nach der Begründung des Beschlusses hätte indeß Rechtsöffnung für die vom 29. Mai, dem Tage des Eigenthumsüberganges an Wittwe Brunner, an laufende Miethzinsrate ertheilt werden sollen und die Zuerkennung des Miethzinses bloß für die drei letzten Monate beruhte auf der Verwechslung des Datums des Kaufsbriefes mit dem Datum der Quittung, wonach Titus Dürr, Vater der Wittwe Brunner auch noch die auf die Zeit vom 1. April bis einschließlich 23. Mai fallende Rate abgetreten hatte.

Wittwe Brunner belangte hierauf im ordentlichen Prozesse die Firma Titus Dürr & Cie. für 1750 Fr. als Betrag des auf die Monate April, Mai und Juni fallenden Miethzinses, die Appellationskammer des Obergerichtes hieß aber mit Urtheil vom 13. Februar 1886 die Forderung nur im Betrage von 615 Fr. 43 Cts. gut, nämlich die auf die Zeit vom 29. Mai bis Ende Juni 1883 fallende Miethzinsrate, also diejenige Rate, für welche schon die Rekurskammer nach der Begründung ihres Beschlusses vom 13. Februar 1884 Rechtsöffnung hätte ertheilen sollen, aber aus Versehen nicht ertheilt hatte (siehe das obergerichtliche Urtheil in Nro. 6 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang pag. 85 u. folg.).

Die Gründe, welche im Beschlusse der Rekurskammer vom 13. Februar 1884 *(abgedruckt in Bd. III, Seite 38, Nro. 40 der «Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts»)* dafür angeführt werden, daß Wittwe Brunner den Miethzins von den Miethern des Titus Dürr, Vater, vom Zeitpunkte an, da sie Eigenthümerin des Hauses geworden, fordern könne, sind folgende: „Daß der Firma Titus Dürr & Cie. an Titus Dürr, Vater eine Schadensersatzforderung zustehe, welche den Betrag der Miethzinsforderung der Wittwe Brunner vom 1. April bis 1. Oktober 1883 erreiche, sei bis zur Wahrscheinlichkeit hergestellt und diese Schadensersatzforderung könne, da sie schon zu der Zeit vorhanden gewesen sei, als Titus Dürr & Cie. von der Abtretuug der Miethzinsforderung an Wittwe Brunner Kenntniß erhalten haben, gemäß Art. 189 des O.-R. auch gegen Wittwe Brunner zur Abrechnung gebracht werden, *soweit diese Cessionarin des Titus Dürr, Vater sei.* Nun sei aber Titus Dürr, Vater zur Forderung von Miethzins nur für den Zeitraum berechtigt, während dessen er sein Haus der Firma Titus Dürr & Cie. als Miethobject überlassen habe; nach Uebertragung des Eigenthumsrechtes am Hause auf Wittwe Brunner habe er nicht mehr Miethzins fordern, also auch nicht cediren können, sondern Wittwe Brunner, welche mit dem Erwerb des Eigenthums am Hause die gesetzliche Pflicht übernommen habe, die Miether bis zum nächsten offenen Ziele im Hause zu behalten, habe nur *kraft eigenen Rechtes* als Vermietherin vom Miether den Miethzins fordern können. Für diese Ausführung wird auf Schneiders Commentar zum Obligationenrecht und zwar auf Ziff. 4 der Anmerkungen zu Art. 281 verwiesen.

Die Appellationskammer begründet ihr Urtheil vom 13. Februar 1886 folgendermaßen:

Da der in Art. 891 des O.-R. vorgesehene Fall der stillschweigenden Fortsetzung eines vor dem 1. Januar 1883 geschlossenen Mieth-

vertrages nicht vorliege, sondern es sich um einen den 1. Januar 1883 überdauernden Miethvertrag handle, so sei der Rechtsanspruch, den Wittwe Brunner aus dem Miethvertrag vom 24. Mai 1882 ableite, nicht nach dem eidg. Obligationenrechte, sondern nach dem zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuche zu beurtheilen.

Nun habe Titus Dürr, Vater als Eigenthümer und Vermiether des Hauses die Forderung von Miethzins für die Zeit vom 1. April bis 29. Mai 1883 erworben und Wittwe Brunner könne daher diese Miethzinsrate nur als Cessionarin des Titus Dürr, Vater geltend machen. Dagegen sei die Cession der Miethzinsforderung für die Zeit vom 29. Mai 1883 an ohne rechtliche Wirkung gewesen, weil diese Miethzinsforderung nie zum Vermögen des Vaters Dürr gehört habe, indem er vom 29. Mai an nicht mehr Eigenthümer des vermietheten Hauses gewesen sei. Vielmehr stehe die Miethzinsforderung für die Zeit vom 29. Mai 1883 an der Wittwe Brunner als nunmehriger Eigenthümerin des Hauses *kraft Gesetzes* zu. Sowohl das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch als das eidgenössische Obligationenrecht erkenne den gemeinrechtlichen Grundsatz an, daß die Veräußerung der vermietheten Liegenschaft, an welcher dem Miether ein dingliches Recht nicht zustehe, Auflösung der Miethe zur Folge habe, dagegen sei überall, wo dieser Grundsatz gelte, aus Billigkeitsrücksichten die Bestimmung getroffen, daß der Erwerber der Liegenschaft den Miether nicht sofort zur Räumung zwingen dürfe und zwar bestimme § 1495 des privatrechtlichen Gesetzbuches, daß die Miethe erst auf das nächste Ziel unter Beobachtung der regelmäßigen Kündigungsfrist aufgehoben werden könne. Der Vertrag, welcher sonst mit Uebertragung des Eigenthums an der Liegenschaft sein Ende erreicht haben würde, daure somit kraft besonderer Gesetzesbestimmung fort und zwar nun nicht mehr unter den ursprünglichen Contrahenten, sondern in der Weise, daß der Erwerber des Eigenthums an der Liegenschaft an der Stelle des frühern Eigenthümers und ursprünglichen Vermiethers in den Vertrag eintrete. Die Eigenschaft des Erwerbers des Eigenthums als Vertragsperson erhelle auch daraus, daß nach § 1495 des privatrechtlichen Gesetzbuches das Recht der Kündigung ihm, nicht dem ursprünglichen Vermiether zustehe. Es wäre auch unpraktisch, den Vertrag unter den ursprünglichen Contrahenten fortdauern zu lassen, da es, falls dieß geschehe, unter Umständen dem Miether unmöglich wäre, gehörige Erfüllung zu verlangen.

Titus Dürr & Cie. können also die Einrede der Abrechnung nur gegenüber der der Wittwe Brunner *als Cessionarin* des Vaters Dürr zustehenden Miethzinsrate, nämlich der Miethzinsforderung für die Zeit vom 1. April bis zum 29. Mai geltend machen. Diese Einrede stehe aber der Firma Titus Dürr & Cie. zu, weil sie erst im Oktober 1883 Kenntniß von der Abtretung dieser Miethzinsforderung an Wittwe Brunner erhalten habe, während die zur Abrechnung gebrachte Forderung aus dem von Titus Dürr, Vater verübten Vertragsbruche schon vorher entstanden sei und laut des Urtheils vom 22. September 1885 den Betrag der cedirten Miethzinsforderung übersteige.

Gegen dieses Urtheil erhoben Titus Dürr & Cie. Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Begehren, daß die Klage der Wittwe Brunner gänzlich abgewiesen werde. Als Nichtigkeitsgrund machten sie geltend Verletzung klaren Rechtes (§ 704 Zif. 9 des Gezetzes betreffend die Rechtspflege), nämlich Verletzung von Art. 882, Absatz 3 des schweiz. O.-R., wonach die vorliegende Streitsache nach diesem Gesetze hätte beurtheilt werden sollen, ferner Verletzung des Art. 281, Absatz 1 u. 2 des O.-R., eventuell, wenn das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch zur Anwendung kommen sollte, Verletzung der §§ 1495 und 1511 dieses Gesetzbuches.

In der mündlichen Kassationsverhandlung stellte der Vertreter der Kassationsbeklagten, Wittwe Brunner, die Einrede, es haben Kassationskläger den streitigen Anspruch in dem inzwischen durchgeführten summarischen Verfahren unbedingt anerkannt und damit auf die Nichtigkeitsbeschwerde verzichtet. Diese Einrede stellte sich als richtig heraus und es wurde deßhalb das Geschäft durch Beschluß als erledigt abgeschrieben. Da indeß der

Referent des Gerichtes bereits einen schriftlichen Antrag ausgearbeitet hatte, welcher dahin lautet, die Nichtigkeitsbeschwerde als begründet zu erklären, das angefochtene Urtheil aufzuheben und die Klage der Wittwe Brunner gänzlich abzuweisen und weil man mit Recht fand, daß die Wichtigkeit der zu entscheidenden Fragen eine Ansichtsäußerung des Kassationsgerichtes als durchaus wünschbar erscheinen lasse, wurde dennoch auf das Materielle der Sache eingetreten und die bezügliche Berathung führte zu dem *einstimmigen* Schluße, daß die Nichtigkeitsbeschwerde in der That hätte gutgeheißen werden müssen. Auch erklärten sich sämmtliche Mitglieder mit der Begründung dieser Ansicht durch den Herrn Referenten *in der Hauptsache* durchaus einverstanden. Nur in einem Punkte, den wir hier weiter nicht erörtern, weil er die Hauptfragen unberührt läßt, war nicht völlige Uebereinstimmung zu erzielen.

Die nachfolgenden Erwägungen des Antrages wurden einstimmig gutgeheissen:

1. Was vorerst die Frage betrifft, welches Gesetz bei Beurtheilung der vorliegenden Streitsache Anwendung finde, so ist weder ausschließlich das frühere kantonale Gesetz, wie der Vorderrichter annimmt, noch ausschließlich das an dessen Stelle getretene eidgenössische Gesetz, wie Beschwerdesteller behaupten, anzuwenden. Vielmehr sind die zwischen dem Vater Titus Dürr als Vermiether und der Firma Titus Dürr & Cie. als Miethern bestehenden Rechte und Verpflichtungen nach dem kantonalen, dagegen die zwischen Titus Dürr & Cie. als Miethern des Vaters Dürr und der Wittwe Brunner, als nunmehriger Eigenthümerin der vermietheten Wohnung bestehenden Rechte und Verpflichtungen nach dem eidgenössischen Gesetze zu beurtheilen. Denn nach Absatz 2 des Artikels 882 des eidgenössischen Obligationenrechtes unterliegen die vor dem 1. Januar 1883 vorgenommenen Handlungen mit Bezug auf ihre rechtliche Verbindlichkeit und ihre rechtlichen Folgen auch in Zukunft den bei ihrer Vornahme geltend gewesenen Bestimmungen und hier handelt es sich um einen vor dem 1. Januar 1883 und für einen noch jetzt nicht abgelaufenen Zeitraum geschlossenen Miethvertrag, sodaß Art. 891 nicht zur Anwendung kommt. Dagegen sollen nach Abs. 3 des Artikels 882 die nach dem 1. Januar 1883 eintretenden Thatsachen nach den Bestimmungen des neuen Rechtes beurtheilt werden und die Thatsache der Uebertragung des Eigenthums an der vermietheten Liegenschaft durch den Vermiether Titus Dürr, Vater an Wittwe Brunner ist nach dem 1. Januar 1883 eingetreten. Die dem Gesetze widersprechende Annahme, daß auch die Rechtsverhältnisse zwischen den Miethern Titus Dürr & Cie. und der Rechtsnachfolgerin im Eigenthum des Vermiethers, der Wittwe Brunner, nach dem frühern kantonalen Gesetze zu beurtheilen seien, hat aber Nichtigkeit des Entscheides des Vorderrichters nicht zur Folge, weil die in § 1495 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches und die in Art. 281 des eidgenössischen Obligationenrechtes über die rechtlichen Wirkungen der Uebertragung des Eigenthums der vermietheten Liegenschaft auf einen Dritten enthaltenen Bestimmungen, abgesehen von einer Abweichung, die für den Entscheid des vorliegenden Falles bedeutungslos ist, die nämlichen sind, wenn also der angefochtene Entscheid den Bestimmungen des § 1495 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches nicht widersprechen würde, er auch nicht mit den Bestimmungen des Art. 281 des eidg. Obligationenrechtes im Widerspruche stünde. Die erwähnte Abweichung besteht in der dem Dritten eingeräumten Kündigungsfrist. Nach Art. 281 des eidg. Obligationenrechts mußten Titus Dürr & Cie. die Kündigung auf den 1. Oktober 1883, weil sie drei Monate vor diesem Ziel erfolgt war, annehmen; nach § 1495 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches dagegen wäre die erfolgte Kündigung verspätet und eine solche erst auf den 1. April 1884 möglich gewesen. Diese Abweichung ist aber darum ohne Einfluß auf den Entscheid des vorliegenden Streites, weil dieser sich nur um die Frage dreht, ob Titus Dürr & Cie. eine Forderung, die sie an Titus Dürr, Vater wegen Vertragsbruches erworben zu haben behaupten, auch gegen Wittwe Brunner zur Abrechnung bringen können und

weil der Betrag der zur Abrechnung gebrachten Forderung durch rechtskräftiges Urtheil festgesetzt ist.

2. Die Bestimmung des Kaufbriefes vom 29. Mai 1883, wonach die Käuferin den mit Titus Dürr & Cie. bestehenden Miethvertrag „*nicht*, resp. im Sinne des Art. 281 des O.-R. zu übernehmen hat unter Bezug der Miethzinsen vom 24. Mai an" hat nicht den Sinn, daß die Käuferin als Vertragsperson an Stelle des Verkäufers in den zwischen diesem und Titus Dürr & Cie. bestehenden Miethvertrag eintreten solle. Die Miethe sollte ja nach diesem Vertrage noch mehr als fünf Jahre dauern. Vielmehr hat diese Bestimmung den Sinn, daß die Käuferin nicht Vermietherin werden und als Eigenthümerin der gekauften Liegenschaft in ihrer Verfügung über dieselbe durch den zwischen andern Personen bestehenden Vertrag nur in dem Maße eingeschränkt sein solle, in welchem durch das Gesetz eine solche Einschränkung vorgeschrieben sei. Dieser Willensmeinung steht nicht entgegen, daß ihr eine Miethzinsforderung cedirt worden ist, denn auch bei zweiseitigen Verträgen kann derjenige Contrahent, dem nach dem Vertrage eine Geldforderung zusteht, diese an einen Dritten cediren, wobei selbstverständlich eine aus dem Vertrage dem Schuldner zustehende, die Verpflichtung zur Zahlung aufhebende oder aufschiebende Einrede gegenüber dem Cessionar aufrecht bleibt.

3. Demnach blieb gemäß §§ 1496 u. 1511 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, was übrigens auch nach Art. 281 des schweizerischen Obligationenrechtes eingetroffen wäre, der Miethvertrag zwischen dem Vermiether Titus Dürr, Vater und den Miethern Titus Dürr & Cie. ungeachtet der Veräußerung des vermietheten Hauses in Kraft und die Miether konnten ungeachtet der Veräußerung des Hauses den Vermiether auf Erfüllung oder, soweit er durch die Veräußerung sich die Erfüllung unmöglich machte, auf Ersatz des durch den Vertragsbruch bewirkten Schadens belangen. Die Käuferin des Hauses, Wittwe Brunner, kam dagegen gemäß Art. 281 des O.-R., was übrigens auch nach § 1495 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches der Fall gewesen wäre, ungeachtet des Erwerbs des Eigenthums an den vermietheten Räumen mit den Miethern in kein Vertragsverhältniß, hatte, soweit sie eine solche nicht durch Cession erwarb, keine Miethzinsforderung an dieselben, aber auch keine Verpflichtungen gegen dieselben mit Ausnahme der durch Gesetz ihr auferlegten, *persönlichen* Verpflichtung, ihr Eigenthum gemäß den Bestimmungen des ihr fremden Vertrages noch während der durch Gesetz bestimmten Frist durch die Miether gebrauchen zu lassen. Das Gesetz bestimmt für den Fall, daß der Vermiether bei der Veräußerung der vermietheten Räume seine Verpflichtungen als Vermiether dem Erwerber des Eigenthums an den vermietheten Räumen nicht überbunden hat, es solle immerhin so gehalten werden, wie wenn der Veräußerer bei Uebertragung des Eigenthums sich für die bezeichnete Frist die Verfügung über die gemietheten Räume, soweit dieß zur Erfüllung seiner Verpflichtungen als Vermiether nothwendig war, vorbehalten hätte.

4. Mit den klaren Bestimmungen der §§ 1495, 1496 u. 1511 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches und den damit übereinstimmenden klaren Bestimmungen des Art. 281 des eidg. Obligationenrechtes, wonach durch den Uebergang des Eigenthums an einer vermietheten Liegenschaft vom Vermiether auf einen Dritten keineswegs ein Aufhören des Vertragsverhältnisses zwischen Vermiether und Miether und statt dieses Vertragsverhältnisses ein solches zwischen dem Dritten und dem Miether begründet wird, vielmehr das Vertragsverhältniß zwischen Vermiether und Miether fortdauert und ein solches zwischen dem Dritten und dem Miether nicht entsteht, steht nun der angefochtene Entscheid, wonach durch den Eigenthumsübergang das Vertragsverhältniß zwischen dem Vermiether und dem Miether aufhören und an dessen Stelle ein Vertragsverhältniß zwischen dem Dritten und dem Miether treten würde, in Widerspruch.

Zu den einzelnen in der Begründung des angefochtenen Entscheides enthaltenen Sätzen ist noch zu bemerken: Der Satz, Titus Dürr, Vater habe eine Miethzinsforderung für die

Zeit vom 29. Mai 1883 an nicht an Wittwe Brunner cediren können, weil er vom 29. Mai an nicht mehr Eigenthümer des Hauses gewesen sei und daher eine Miethzinsforderung für die Zeit vom 29. Mai an nicht habe erwerben können, während Wittwe Brunner vermöge des Erwerbs des Eigenthums am Hause die Miethzinsforderung kraft Gesetzes erworben habe, beruht auf dem bereits erwähnten Widerspruch mit den gesetzlichen Bestimmungen. Titus Dürr, Vater hatte als Vermiether Miethzins zu fordern für *die ganze Zeit,* während welcher die Miethe noch fortdauerte, soweit der Anspruch nicht durch eine auf Vertragsbruch gegründete Einrede beseitigt und soweit derselbe nicht an Wittwe Brunner cedirt war und Wittwe Brunner hatte trotz ihres Eigenthums keinen Miethzins zu fordern, wenn er ihr nicht vom Vermiether cedirt war. Eine Miethzinsforderung wird nicht durch das Eigenthum am Miethobjecte begründet, sondern durch einen Miethvertrag und Erfüllung desselben von Seite des Vermiethers, sei dieser Eigenthümer des Miethobjectes oder sei er, was ja z. B. bei Aftermiethe regelmäßig der Fall ist, ein Dritter.

Der Satz, die Eigenschaft des Erwerbers des Eigenthums als Vertragsperson erhelle auch daraus, daß durch das Gesetz das Recht der Kündigung ihm, nicht dem ursprünglichen Vermiether eingeräumt sei, ist nicht verständlich. Der Erwerber des Eigenthums kann *als Eigenthümer* kündigen d. h. Räumung begehren, wenn er nicht in den Miethvertrag eingetreten ist, ist aber dabei an eine gesetzliche Frist gebunden; der Vermiether dagegen hann nur nach den Bestimmungen des Miethvertrages kündigen, so lange er überhaupt den Miethvertrag erfüllen kann.

An dem Satze, es wäre unpraktisch, den Vertrag unter den ursprünglichen Contrahenten fortdauern zu lassen, da es, falls dieß geschähe, unter Umständen dem Miether unmöglich wäre, gehörige Erfüllung zu verlangen, ist nur so viel richtig, daß weitaus in den meisten Fällen der Vermiether, welcher sein Haus veräußern will und den Miether, dem er durch den Miethvertrag eine längere Miethe versprochen hat, nicht zu freiwilligem Abkürzen derselben bewegen kann, sich nicht einer Schadenersatzklage wegen Vertragsbruchs wird aussetzen wollen, sondern sein Haus nur unter Ueberbindung seiner Verpflichtungen auf den Erwerber desselben veräußern wird. Aber selbst in diesem Falle könnte sich, wenn der Erwerber den Vertrag nicht erfüllt, z. B. dem Miether vermiethete Räume wegnimmt oder dem Vermiether obliegende Ausbesserungen nicht vornimmt, der Miether an den ursprünglichen Vermiether halten, wenn er den Erwerber als Contrahenten nicht annehmen will und im andern Falle, wenn eine Ueberbindung nicht stattgefunden hat, kann er sich, so lange die Miethe noch dauert, nur an den ursprünglichen Vermiether halten. In beiden Fällen wird aber thatsächlich eine bewilligte Vollstreckung den Erwerber des Hauses treffen.

Derselbe Nichtigkeitsfehler, an welchem der angefochtene Entscheid leidet, liegt auch zu Grunde dem im vorliegenden Streite von der Rekurskammer am 13. Februar 1884 gefaßten Beschluß:

Aus dem Gesagten folgt, daß Wittwe Brunner von dem auf das Halbjahr vom 1. April bis zum 1. Oktober 1883 fallenden Miethzins auch denjenigen Betrag, der auf die Zeit vom 29. Mai bis zum 1. Oktober fällt, *nur als Cessionarin des Vaters Titus Dürr* fordern kann und daß daher die Einrede, welche gegen eine Klage des Vaters Dürr auf Bezahlung des Miethzinses geltend gemacht werden könnte, auch gegen die Klage der Wittwe Brunner wirksam ist, wenn sie schon zu der Zeit begründet war, als die Beklagten Titus Dürr & Cie. von der Abtretung Kenntniß erhielten.

Die Ansicht

des nämlichen Gerichtshofes über den Einfluß des *Konkurses* des Vermiethers einer Liegenschaft auf das Miethverhältniß gemäß § 1513 des privatrechtlichen Gesetzbuches *und speziell gemäss Art. 281 des schweizerischen Obligationenrechtes,* insbesondere über die Rechtsstellung des Miethers zur Konkursmasse. Diese begründet die Verpflich-

tung des Letztern, den Miethzins für die Zeit nach dem Konkursausbruch an die Masse zu zahlen und zwar auch dann, wenn bereits Vorausbezahlung desselben an den Vermiether stattgefunden hat.

In einem Entscheid der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 9. Oktober 1884 *(abgedruckt in der «Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts», Bd. III, Seite 41, Nr. 43 und in Nr. 24 dieser Blätter, Jahrgang 1884, pag. 371 und 372)* wird der Satz aufgestellt, daß *nach schweizerischem Obligationenrecht* die Konkursmasse des Vermiethers einen vom Miether dem Vermiether vertragsgemäß vorausbezahlten Miethzins für die Zeit von der Konkurseröffnung an nicht noch einmal fordern könne. Die Begründung ist folgende: Der § 1513 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches setze hinsichtlich der Zinspflicht des Miethers fest, daß derselbe vom Zeitpunkte der Konkurseröffnung an Schuldner der Konkursmasse werde, während das eidgenössische Obligationenrecht weder diese noch eine andere Bestimmung über die Frage enthalte, an wen der Miether des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung den Miethzins zu entrichten habe. Durch sein Stillschweigen drücke der Gesetzgeber den Gedanken aus, daß die Konkursmasse den Miethvertrag fortsetze, also in die Rechte und Verpflichtungen des ursprünglichen Vermiethers, wie sie zur Zeit der Konkurseröffnung bestanden haben, eintrete, während das kantonale Recht dem Miether die Befugniß, den Miethbesitz noch eine Zeit lang fortzusetzen, gestattet, dabei aber eine Vertragserneuerung supponirt habe, welche den Miether so stelle, wie wenn er von Anfang an mit der Konkursmasse contrahirt hätte. Zum Schluß wird auf Zif. 4 der Anmerkungen zu Art. 281 in Schneiders Commentar zum eidgen. Obligationenrechte verwiesen, in welcher Stelle des Commentars bestätigt sein soll, daß das Obligationenrecht das Prinzip der einfachen Succession der Konkursmasse in den bestehenden Vertrag adoptire.

Anläßlich der Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde in dem oben mitgetheilten Fall in Sachen Titus Dürr & Cie. gegen Wittwe Brunner unterzog nun das hohe Kassationsgericht auch *diesen* Ausspruch der Rekurskammer einer Prüfung und Besprechung und gelangte dabei wiederum *einstimmig* zu dem Resultat, daß der Entscheid, wäre er seiner Zeit angefochten worden, ebenfalls wegen Widerspruch mit klarem Recht hätte aufgehoben werden müssen. Die ebenfalls einstimmig acceptirte Begründung dieser Ansicht ist folgende:

Die §§ 1495, 1496 und 1511 des zürcherischen privatrechtlichen Gezetzbuches sprechen von dem Fall der freiwilligen Veräußerung der vermietheten Liegenschaft an einen Dritten und bestimmen für den Fall, daß dieser Dritte nicht in Folge einer Uebereinkunft als Vermiether an die Stelle des Veräußerers tritt, der Miethvertrag zwischen den ursprünglichen Contrahenten bleibe nach wie vor bestehen, der ursprüngliche Vermiether habe zu erfüllen oder, wenn er sich in die Unmöglichkeit versetze zu erfüllen, Schadenersatz wegen Vertragsbruchs zu leisten, der Dritte, welcher mit dem Miether nicht im Vertrag stehe, könne sein Eigenthumsrecht üben und den Miether ausweisen, sei aber in diesem Rechte soweit beschränkt, daß er den Miether noch während bestimmter Frist im Miethbesitze dulden müsse. Der § 1513 spricht von dem Fall, in welchem eine freiwillige Veräußerung nicht stattfindet, sondern der Vermiether in Folge Konkurses die Verfügung über seine Güter, also auch über die vermiethete Liegenschaft, und wenn der Konkurs durchgeführt wird, auch das Eigenthum an der Liegenschaft verliert und bestimmt, daß auch in diesem Falle die Konkursmasse und im Falle der Durchführung des Konkurs es der neue Eigenthümer der Liegenschaft nicht an den Miethvertrag gebunden sei, jedoch während derselben Frist, während welcher im Falle freiwilliger Veräußerung der Erwerber der Liegenschaft es thun muß, den Miether im Miethbesitze dulden müsse, wogegen der Miether den Miethzins für die Zeit nach Ausbruch des Konkurses an die Konkursverwaltung, beziehungsweise an den neuen Eigenthümer der Liegenschaft zu bezahlen habe.

Während also im Falle freiwilliger Veräußerung der Miether, weil er mit dem neuen Eigenthümer in keinem Vertrage steht, diesem — den Fall der Cession ausgenommen —, überhaupt keinen Miethzins zu zahlen hat, weder einen vertragsgemäß vor noch einen vertragsgemäß nach der Veräußerung verfallenen, übernimmt der Vermiether, welcher die Verpflichtung eingegangen ist, den Miethzins jeweilen vorauszuzahlen, die Gefahr, an die Konkursmasse des Vermiethers, beziehungsweise an den neuen Eigenthümer den auf eine Zeit, für welche er bereits bezahlt hat, fallenden Miethzins noch einmal bezahlen zu müssen.

Der Art. 281 des eidg. Obligationenrechtes faßt den Fall der freiwilligen Veräußerung der vermietheten Liegenschaft und den Fall des Konkurses des Vermiethers zusammen und regelt die Rechtsverhältnisse zwischen Vermiether und Miether einerseits und dem Miether und der Konkursmasse des Vermiethers, beziehungsweise dem neuen Eigenthümer der vermietheten Liegenschaft anderseits in derselben Weise wie das zürcherische Gesetzbuch; nur schweigt Art. 281 darüber, wie es sich mit der Zahlung des Miethzinses verhalte.

Aus dem Stillschweigen des eidgenössischen Obligationenrechts über die Zahlung des Miethzinses wird nun im Beschlusse der Rekurskammer der Schluß gezogen, daß die Konkursmasse als Contrahent an der Stelle des Vermiethers in den Miethvertrag eintrete, also, — zwar nur während bestimmter Frist, — weiter den Miethvertrag zu erfüllen und eine an den Vermiether geschehene Vorausbezahlung nicht zum zweiten Mal zu fordern habe, sodaß der Gesetzgeber sich in Widerspruch gesetzt hätte mit dem Rechtsgrundsatze, daß ein Vertrag nur die Contrahenten bindet, also ein Dritter nicht gezwungen werden kann, an die Stelle eines der Contrahenten zu treten, ferner kein Contrahent gezwungen werden kann, den Mitcontrahenten zu entlassen und einen Dritten als Contrahenten anzunehmen, ferner mit dem Rechtsgrundsatze, daß im Konkurse nicht ein unversicherter Gläubiger vor dem Andern begünstigt werden soll, die Konkursverwaltung also auch nicht auf Kosten der übrigen Gläubiger einen Miether für den Anspruch, das Miethobject zu benutzen, befriedigen oder diese Verpflichtung dem neuen Eigenthümer des Miethobjektes überbinden darf, vielmehr der Miether den Schaden, den er durch die Leistungsunfähigkeit des Vermiethers erleidet, in Geld angeschlagen im Konkurse des Vermiethers zur Liquidation zu bringen hat.

Wenn man nun annehmen wollte, daß wo an Stelle verschiedener Sonderrechte eine neue allgemeine Gesetzgebung tritt, das Stillschweigen des Gesetzgebers über die Bestimmung eines dieser Sonderrechte, wie es in einem besondern Fall zu halten sei, als Aufhebung dieser Bestimmung gelten müsse, so würde diese Annahme dem Ausleger des neuen Gesetzes jedenfalls dann nichts helfen, wenn der erwähnte besondere Fall in mehreren Sonderrechten, aber nicht in derselben Weise behandelt wäre. Die Annahme ist aber unrichtig. Schweigt das neue Gesetz über einen besondern Fall, für welchen in einem Sonderrecht Bestimmung getroffen ist, so ist aus den allgemeinen Rechtsregeln des neuen Gesetzes die Beantwortung der Frage abzuleiten, ob der Gesetzgeber die Bestimmung des Sonderrechts habe abschaffen wollen oder ob er sie als selbstverständlich zu Recht bestehende und daher besonderer Erwähnung nicht bedürfende Folgerung aus den von ihm aufgestellten Rechtsregeln betrachtet habe oder ob er jenen besondern Fall als controvers bleibend angesehen habe und deßhalb die Entscheidung der Gerichtspraxis oder einem Specialgesetze habe überlassen wollen.

Wenn nun aber auch das zürcherische und das eidgenössische Gesetz in Uebereinstimmung unter sich und in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte festsetzen, daß durch den Uebergang des Eigenthums der vermietheten Liegenschaft auf einen Dritten weder an den aus dem Miethvertrage folgenden obligatorischen Rechten und Verpflichtungen des Vermiethers und des Miethers etwas geändert, noch, — abgesehen von der Verpflichtung des Dritten, dem Miether noch während bestimmter Zeit den Miethbesitz zu überlassen, — eine Obligation zwischen dem Dritten und dem Miether begründet wird und

hieraus folgt, daß im Falle freiwilliger Veräußerung der vermietheten Sache der Miether den Miethzins für die Zeit nach der Veräußerung an den Vermiether zu bezahlen hat, soweit er nicht an den Dritten cedirt und nicht vorausbezahlt oder durch Einrede beseitigt ist, so läßt sich hieraus nicht folgern, daß die Bestimmung des § 1513 des zürcherischen Gesetzes, wonach, wenn der Vermiether in Konkurs geräth und der Miether von seinem Rechte, noch während bestimmter Frist im Miethbesitz zu bleiben, Gebrauch macht, der Miether den Miethzins für die Zeit nach Ausbruch des Konkurses, habe er ihn bereits an den Vermiether bezahlt oder nicht, an die Massaverwaltung, beziehungsweise den neuen Eigenthümer zu zahlen hat, — mit den Bestimmungen des Art. 281 des eidg. Obligationenrechts und mit den in den §§ 1495 und 1496 des zürcherischen Gesetzes selbst enthaltenen Bestimmungen im Widerspruch stehe und daher als durch Art. 281 aufgehoben zu betrachten sei. Bei der Bestimmung, daß falls der Vermiether bei der Veräußerung der vermietheten Liegenschaft seine Verpflichtungen als Vermiether dem Erwerber des Eigenthums nicht überbinde, es immerhin so gehalten werden solle, wie wenn der Veräußerer sich für die Zeit, während welcher der Erwerber den Miethbesitz noch dem Miether überlassen muß, die Verfügung über die gemietheten Räume behufs Erfüllung seiner Verbindlichkeiten als Vermiether vorbehalten hätte, wird vom Gesetzgeber selbstverständlich ein aufrechtstehender Vermiether vorausgesetzt, der über die vermiethete Liegenschaft verfügen, sie veräußern und mit dem Erwerber beliebige Verabredungen, wodurch dieser für die Beschränkung seiner Eigenthumsbefugnisse schadlos gehalten wird, treffen kann, während diese Voraussetzung bei einem Vermiether nicht zutrifft, der durch die Eröffnung des Konkurses die Verfügung über seine Güter, also auch die Fähigkeit, seine Liegenschaft zu veräußern und zu Gunsten des Miethers Verfügungen zu treffen, verliert. Der Redaktor des zürcherischen Gesetzes hat auch die Verpflichtung des Miethers, Miethzins an die Konkursmasse zu bezahlen, als sich von selbst verstehend und mit den Bestimmungen der §§ 1495 und 1496 nicht im Widerspruch befindlich erachtet, indem der ursprüngliche Entwurf des § 1513 einfach lautete: „Der Konkurs des Vermiethers wirkt auf die Dauer des Miethverhältnisses ähnlich der Veräußerung" (Bluntschli, Commentar zum privatrechtlichen Gesetzbuch, § 1513).

In den beiden Beschlüssen der Rekurskammer, in demjenigen vom 13. Februar und in demjenigen vom 9. Oktober 1884 wird Ziffer 4 der Anmerkungen zu Art. 281 in Schneiders Commentar zum eidg. Obligationenrechte angerufen. Aber diese Ziffer handelt von dem Fall, da es sich um Eintritt des Erwerbers des Eigenthums an der vermietheten Sache in die Verpflichtungen des Veräußerers in Folge ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrages handelt, während in den Ziffern 1 und 2 die richtige Auslegung des Gesetzes in dem Falle, da eine Ueberbindung der Verpflichtungen des Vermiethers auf den Erwerber bei der Veräußerung nicht stattgefunden hat, auf's Deutlichste enthalten ist.

Allgemeine Schlussbemerkung.

In den Begründungen der drei Entscheide (Beschluß der Rekurskammer vom 13. Febr. 1884 in S. Dürr und Brunner, Urtheil der Appellationskammer in derselben Sache vom 13. Februar 1886 und Beschluß der Rekurskammer vom 9. Oktober 1884 in Sachen anderer Partheien) ist übrigens ein Widerspruch enthalten. Bald soll der neue Eigenthümer aus eigenem Rechte Miethzins zu fordern haben, in welchem Falle er sich Einreden, wie diejenige der Zahlung, der Compensation etc. nicht gefallen zu lassen hätte; bald soll er in Rechte und Verpflichtungen des Vermiethers eintreten, in welchem Falle er sich jene Einreden gefallen lassen müßte; bald wird der neue Eigenthümer als in den Miethvertrag eintretend, bald als ein Contrahent betrachtet, den der frühere Miethvertrag nichts angeht und der selbständig einen neuen Vertrag mit dem gewesenen Miether eines Andern schließt.

Erbrechtliches.

Das Legat einer lebenslänglichen Nutznießung an der gesammten Verlassenschaft ist nicht nur zu Gunsten des überlebenden Ehegatten (§ 2039 des P.-R. G.-B.) sondern auch zu Gunsten jedes Dritten zuläßig und möglich, im letztern Falle jedoch nur innerhalb der Grenzen des Pflichttheilsrechtes. Der Pflichttheil kann dem Berechtigten auch in der Form von verfangenem Gut hinterlassen werden, denn es hat dieser nur Anspruch darauf, daß ihm *der Werth* der Pflichttheilsquote zukomme (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 11. September 1886 i. S. Kaltenbacher c. Frei).

Eine Erblasserin, welche von zwei Schwestern beerbt wurde, hatte in ihrem eigenhändigen Testament verfügt, daß der einen Schwester, Anna Regula, außer ihrem gesetzlichen Erbtheil auch noch die lebenslängliche Nutznießung am Erbtheil der andern zukommen solle. In dieser Disposition erblickte die letztere insofern eine Verletzung ihres Pflichttheils, als dieser gemäß § 2032 des privatrechtlichen Gesetzbuches zwei Dritttheile ihres Erbtheils beträgt und sie der Ansicht war, daß ihr diese Quote *als freies unbelastetes* Eigenthum zukommen müsse. Das Bezirksgericht, welches die reine Verlassenschaft auf 4307 Fr. 52 Ct. und somit den gesetzlichen Erbtheil jeder der beiden Schwestern auf 2153 Fr. 76, gleich der Hälfte jener festsetzte, trat dieser Auffassung bei und verpflichtete deßhalb die Beklagte, der Klägerin sofort zwei Dritttheile der letztgenannten Summe, also 1435 Fr. 84 Rp., aushinzubezahlen, was einer Reduktion des Nutznießungslegates auf $^2/_3$ des klägerischen Erbtheils gleichkommt. Die Klägerin appellirte und machte zweitinstanzlich geltend, es sei ganz unrichtig, wenn die Beklagte und mit ihr die erste Instanz davon ausgehen, der Pflichttheil müsse dem Berechtigten immer in der Form von freiem, unbelastetem Eigenthum hinterlassen werden, der letztere könne nicht mehr verlangen als daß ihm der Pflichttheil überhaupt zukomme und müsse sich begnügen, wenn dieß auch nur in der Form von verfangenem Gut geschehe. Um zu untersuchen, ob eine Pflichttheilsverletzung überhaupt vorliege, müsse der Werth der legirten Nutznießung festgestellt werden, denn um diesen werde die Klägerin verkürzt. Uebersteige dieser Werth den dritten Theil des klägerischen Erbtheils, so sei der Pflichttheil um das Plus verletzt und müsse dieses herausbezahlt werden, währenddem die Nutznießung bestehen bleibe und der belastete Erbtheil der Berechtigten erst nach ihrer Beendigung zukomme. Die letztere erhalte in diesem Falle ihren Pflichttheil in der Form des belasteten Erbtheils, den sie durch Veräußerung etc. verwerthen könne und in der Form einer Baarleistung des Plus, um welches der Werth der Nutznießung den 3ten Theil des klägerischen Erbtheils überschreite. Diese Ueberschreitung erreiche in concreto den Betrag von 315 Fr. 88 und könne die Beklagte somit nur zur Zahlung dieser Summe angehalten werden, wobei es die Meinung habe, daß der Klägerin nach ihrem Tode der ganze Erbtheil aushingegeben werden müsse. Die zweite Instanz trat dieser Ansicht bei und änderte deßhalb das bezirksgerichtliche Urtheil dahin ab, daß die Beklagte bloß 315 Fr. 88 zu zahlen verpflichtet sei, dagegen nach dem Tode der Klägerin ihren ganzen Erbtheil aushinverlangen könne.

Gründe:

1. Der gesetzliche Erbtheil der Klägerin beträgt die Hälfte der reinen Verlassenschaft, also 2153 Fr. 76. Derselbe ist mit dem Legat der lebenslänglichen Nutznießung zu Gunsten der Beklagten belastet und die Streitfrage ist nun die, ob und inwieweit Klägerin diese auf letztwilliger Verfügung beruhende Belastung anzuerkennen verpflichtet sei. Die Antwort kann im Princip nur dahin gegeben werden, daß solche von ihr soweit anerkannt werden muß, als ihr Pflichttheil durch die Belastung nicht verletzt wird, daß dagegen, soweit die letztere eine Verletzung ihres Pflichttheils involvirt, sie dieselbe nur gegen Completirung ihres Pflichttheils anzuerkennen braucht (§ 2027 des p.-r. G.-B.).

2. Der Pflichttheil der Klägerin beträgt $^2/_3$ ihres Erbtheils = 1435 Fr. 84 und um nun zu entscheiden, ob dieser Pflichttheil

durch die Belastung ihres Erbtheils mit dem Legat der lebenslänglichen Nutznießung zu Gunsten der Beklagten verletzt werde oder nicht, muß natürlich vor Allem aus der Werth der legirten Nutznießung festgestellt werden, denn um diesen soll die Klägerin eben verkürzt werden, zumal ihr Erbtheil, wenn sie denselben statt schon heute, erst mit dem Tode der Beklagten zum Genusse erhält, um dieses Umstandes willen gerade so viel weniger Werth für sie hat, als dem Legat der Nutznießung zukommt. Uebersteigt dieser Werth den dritten Theil ihres Erbtheils = 717 Fr. 92, über den die Erblasserin frei verfügen konnte, nicht, so ist festgestellt, daß der Klägerin durch das Nutznießungslegat nicht mehr genommen wird als eben ein Dritttheil ihres Erbtheils und somit ihr Pflichttheil nicht verletzt wird, sondern derselben ungeschmälert zukommt; sie büßt in diesem Falle dadurch, daß sie ihren ganzen Erbtheil der lebenslänglichen Nutznießung der Schwester überlassen muß, dem Werthe nach einen Dritttheil desselben ein und mehr nicht, zwei Dritttheile bleiben ihr ungeschmälert und kommen ihr in der Form zu, daß ihr das Eigenthum am *ganzen* Erbtheil bleibt, denn dieser letztere, belastet mit dem Legat der Nutznießung, repräsentirt den gleichen Werth wie das unbelastete Eigenthum an bloß zwei Dritttheilen des Erbtheils, woraus folgt, daß Klägerin, ob sie nun jenes oder dieses erhalte, ihren Pflichttheil empfängt; sie kann den verfangenen Erbtheil von 2153 Fr. 76 veräußern und empfängt dafür den Betrag des Pflichttheils mit 1435 Fr. 84, mehr aber kann sie nicht verlangen und muß somit unter der erwähnten Voraussetzung der Nichtüberschreitung ihres Pflichttheils durch den Werth der Nutznießung diese letztere anerkennen. Es ist nicht einzusehen, warum der Erblasser die Quote, bezüglich welcher er die freie Verfügung hat, dem Begabten nicht auch in der Form der Nutznießung soll zukommen lassen dürfen und doch würde ihm dieses Recht genommen, wollte man den Satz aufstellen, daß der Pflichttheil immer in der Form von unbelastetem Eigenthum hinterlassen werden müsse. Zwar könnte man auf den ersten Blick geneigt sein, in dem § 2039 des pr. G.-B. eine indirecte Bestätigung dieses Satzes zu erbliken, allein bei näherm Zusehen ergibt sich die Unhaltbarkeit dieser Auffassung sofort. Dieselbe wäre nur dann richtig, wenn das Besondere und Ausnahmsweise des § 2039 darin läge, daß er überhaupt von einer lebenslänglichen Nutznießung an der ganzen Verlassenschaft spricht und somit dessen Sinn dahin aufzufassen wäre, es solle eine solche immer und unter allen Umständen, also auch wenn und soweit sie eine Pflichttheilsverletzung nicht nach sich zieht, doch nur zu Gunsten des überlebenden Ehegatten möglich und zuläßig sein. Allein das ist offenbar nicht der Sinn dieser Gesetzesstelle, sondern was diese als ausnahmsweise Begünstigung für den überlebenden Ehegatten festsetzen will, das ist die Anerkennung des Legates der lebenslänglichen Nutznießung an der gesammten Verlassenschaft *auch für den Fall und im Umfange einer darin liegenden Pflichttheilsverletzung,* woraus per argumentum à contrario folgt, daß dasselbe zu Gunsten jedes Dritten zwar ebenfalls, aber nur innerhalb der Grenzen des Pflichttheilsrechts zuläßig ist. (Siehe Ulmers Commentar zu § 2027, No. 2591.) Uebersteigt der Werth der legirten Nutznießung den Pflichttheil, so muß der Legatar, wenn er an der Form des Nutznießungslegates festhält und sich nicht mit einer der verfügungsfreien Quote entsprechenden Kapitalleistung abfinden lassen will, das Plus herauszahlen, womit der Pflichttheil wieder hergestellt ist.

3. Der Erbtheil der Klägerin im Betrage von 2153 Fr. 76 wirft à 4 % einen jährlichen Zins von 86 Fr. 15 Rp. ab, der Werth der lebenslänglichen Nutznießung desselben durch die Beklagte ist demnach gleich einem Kapital, welches erforderlich ist, um der letztern eine lebenslängliche Rente von 86 Fr. 15 zu verschaffen, nach den Statuten der Rentenanstalt aber bedarf es dazu für eine Person vom Alter der Beklagten (55 Jahre) eines Kapitals von 1033 Fr. 80 Rp. Auf diesen Betrag ist demnach das Nutznießungslegat anzusetzen. Die Erblasserin durfte nun aber der Klägerin bloß einen Dritttheil, also nur 717 Fr. 92 entziehen, so daß das Legat den Pflichttheil derselben um 315 Fr. 88 Rp.

übersteigt, woraus, da die Beglagte daran festhält, das Letztere in der testamentarisch vorgesehenen Form der Nutznießung zu beziehen, nach dem Oben Gesagten folgt, daß sie der Klägerin zur Completirung ihres Pflichttheils 315 Fr. 88 bezahlen muß. Dazu erhält dann die letztere nach dem Tode der Beklagten noch ihren ganzen Erbtheil von 2153 Fr. 76 Rp., was einem *heutigen* Werthe von 1119 Fr. 96 Rp. (2153 Fr. 76 minus 1033 Fr. 80) gleichkommt, sodaß sie heute ungeschmälert den Werth ihres Pflichttheils mit 1435 Fr. 84 Rp. (nämlich 315 Fr. 88 unbelastet und 2153 Fr. 76 belastet = 1119 Fr. 96 Rp. unbelastet) erhält.

Ueber die Frage der Zulässigkeit einer Klageprovokation im Sinne des § 314 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes bei zweiseitigen Klagen (actiones duplices), beziehungsweise die Modalitäten ihrer Zulässigkeit.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer. 14. September 1886, i. S. Stelzer ca. Mettler.

Ein Erbe leitete am 21. Januar 1885 gegen seinen Miterben beim zuständigen Friedensrichteramt Erbtheilungsklage ein, zögerte dann aber nach fehlgeschlagenem Sühnversuche mit der Aushinnahme der Weisung. Deshalb stellte der Beklagte mit Eingabe vom 12. März beim Bezirksgericht Zürich das Gesuch, es möchte dem Kläger Frist angesetzt werden, um die Weisung aushinzunehmen und dem Gerichte einzureichen, ansonst Abstand von der Klage angenommen würde und diesem Gesuche wurde in Anwendung des § 314 des Rechtspflegegesetzes mit Beschluß vom 25. März entsprochen. Der Auflage ist die Androhung beigefügt, daß sonst *unbedingter* Abstand von der Klage angenommen würde. Der Kläger kam derselben nicht nach und deshalb beschloß das Bezirksgericht unterm 15. April 1885 gemäß der gemachten Androhung: es werde die vom Kläger gegen den Beklagten beim Friedensrichteramt Albisrieden eingeleitete Erbtheilungsklage als durch Abstand erledigt betrachtet. Am 31. März 1886 erhob nun aber der nämliche Erbe beim gleichen Friedensrichteramt neuerdings Theilungsklage und reichte die Weisung am 4. Juni dem Bezirksgericht Zürich ein. In der Hauptverhandlung stellte dann aber der Beklagte vor Allem aus die prozeßhindernde Einrede der abgeurtheilten Sache und das Bezirksgericht erklärte dieselbe für begründet und wies die Klage mit Urtheil vom 2. Juli 1886 ab, indem es ausführte:

Der Kläger habe dadurch, daß er der Auflage des Beschlusses vom 25. März 1885, die Weisung bis zum 11. April einzureichen, nicht nachgekommen, verschuldet, daß der mit dieser Auflage verbundenen Androhung Folge gegeben und dem gemäß die Streitsache als durch Abstand von der Klage erledigt abgeschrieben worden sei. Da er nun selbst zugebe, daß die heutige Klage durchaus die nämliche sei, so müsse diese aus dem Grunde der abgeurtheilten Sache abgewiesen werden, weil eine derartige Erledigung durch Beschluß im Effekt einer Abweisung der Klage gleichkomme. Die klägerische Behauptung, daß dieß nicht möglich sei bei der Erbtheilungsklage speziell, könne als unrichtig nicht gehört werden, denn natürlich bleibe das Erbrecht des Klägers intact und nur die Klage habe derselbe verwirkt; wenn er jene Androhung vom 25. März für unrichtig gehalten und geglaubt habe, dadurch in einen unabwendbaren bedeutenden Rechtsnachtheil versetzt zu sein, so wäre ihm damals der Rekurs offen gestanden (§ 699 des Prozeßges.), da er aber unterlassen, zu rekuriren, so habe er sich dem in Rechtskraft erwachsenen Erledigungsbeschluß, welcher übrigens nach Ansicht des Gerichtes durchaus richtig gewesen, zu fügen und müsse sich also gedulden, bis der Beklagte die Erbtheilungsklage stellen werde, wozu er denselben, sobald die Erbschaft einmal geordnet sei, zwingen könne.

Gegen dieses Urtheil appellirte der Kläger und die zweite Instanz hob dasselbe denn auch auf und wies die Akten an das Bezirksgericht zurück mit der Auflage, auf das Materielle der Sache einzutreten und sodann ein neues Urtheil auszufällen.

Gründe:

1) Da der Beklagte der Klage in erster Linie die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegenstellt, so ist zu untersuchen, ob man es wirklich mit einer abgeurtheilten Sache zu thun habe. Eine solche liegt allerdings nicht nur dann vor, wenn *materiell* über eine Streitfrage entschieden ist, sondern auch dann, wenn die Streitfrage lediglich aus gewissen formellen Gründen nicht behandelt wurde, sobald in der formellen Abweisung des Klagebegehrens eine Negation des Rechtes liegt. Es kann diese Negation des Rechtes auch aus dem eigenen Benehmen des Klägers gefolgert werden dann, wenn derselbe nach Geltendmachung seines Anspruches denselben unbedingt zurückzieht, oder trotz gerichtlicher Aufforderung und trotz der Androhung, daß ansonst unbedingter Rückzug der Klage angenommen würde, nicht der richterlichen Beurtheilung unterwirft. Aber auch in diesen Fällen wird nur dann abgeurtheilte Sache vorliegen, wenn im Verzicht auf das Klagerecht eben auch ein Verzicht auf das materielle Recht zur Anhebung eines bestimmten Anspruches liegt und wenn jene nicht gegen ein ausdrücklich gewährleistetes Klagerecht vorstößt. Da nun ein Anspruch ohne Klagerecht rechtlich überall ohne Belang und Interesse ist, so wird in der Mehrzahl der Fälle im Verzicht auf die Klage auch ein Verzicht auf das materielle Recht liegen.

2) Der Kläger hat nun trotz der Androhung unbedingten Abstandes auf den Gerichtsbeschluß vom 25. März 1885 hin seine Klage nicht innert der angesetzten Frist eingereicht, worauf das Gericht den Prozeß unterm 15. April abschrieb.

3) Es kann sich nun fragen, ob eine Provocation zur Klage gemäß § 314 des Rechtspflegegesetzes bei actiones duplices überhaupt statthaft sei. Der Gesetzgeber hat mit jener Bestimmung dem Interesse, welches ein Beklagter hat, daß ein ihm gegenüber geltend gemachter Anspruch klar gelegt und er nicht beständig durch einen drohenden Anspruch in Athem gehalten werde, Rechnung getragen. Bei zweiseitigen Klagen nun, wo jede Parthei das Recht zur Klage hat, fällt die ratio legis des § 314 dahin, denn wenn der Kläger zögert, so steht es dem Beklagten ja frei, selbständig zu klagen oder einfach über die von der Gegenparthei eingereichte Streitfrage Weisung aushinzunehmen und einzureichen. Dießbezüglich kann auf die Praxis verwiesen werden, wornach häufig Scheidungs- und Theilungsklagen durch Einreichung der Weisung ab Seite des formell Beklagten anhänig gemacht werden, welche Klagen von den Gerichten stets unbedenklich an Hand genommen wurden, gerade mit Rücksicht auf das selbständige Klagerecht des Beklagten.

4) Wenn man aber dem Beklagten auch das aus dem § 314 herfliessende Recht bei actiones duplices ebenfalls einräumen will, so ist zu beachten, daß der Richter die Androhung je nach Umständen auf unbedingten oder zeitweisen Abstand von der Klage zu stellen hat. In Fällen wie der vorliegende rechtfertigt es sich nun eventuell entschieden, die Androhung nur auf zeitweisen Abstand zu stellen. Die Klage des Klägers stützt sich auf ein Erbrecht und Erbe wird Jemand nach unserem Gesetz durch den Tod des Erblassers ipso jure und ohne sein Zuthun. (§ 1986 des P.-R. G.-B.) Er kann zwar auf die Erbschaft verzichten, aber nur in bestimmter Form und innert bestimmter Zeit. Thut er dieß nicht, so kann er sich einseitig theils den Verpflichtungen als Erbe nicht entziehen, theils steht ihm seinerseits nach § 2017 ibid. *jederzeit* das Recht zu, die Theilungsklage zu stellen. Offenbar wollte aber der Gesetzgeber dem Erben das Recht einräumen, so lange der Nachlaß unvertheilt sei, jederzeit Theilung zu verlangen. Da nun das Erbrecht gewissermaßen öffentlich rechtlichen Charakter hat und nicht nur die jeweiligen Erben, sondern auch Dritte, selbst der Staat ein Interesse an der Ordnung eines Nachlasses haben, so geht es nicht an, einem Erben das Recht zur Stellung der Theilungsklage irgendwie zu entziehen, so lange die Theilung nicht wirklich erfolgt ist, denn ohne Klage kein Recht. Ein Erbrecht, ohne die Möglichkeit, Theilung zu verlangen, ist rechtlich eben

kein Recht mehr. Es würde somit durch die Verunmöglichung der Klage dem Kläger implicite ein Recht abgesprochen, das gar nicht Gegenstand des Streites, sondern anerkannt ist. Deßhalb muß dem Erben, so lange sein Erbrecht nicht realisirt und consumirt ist, jederzeit die Theilungsklage gestattet werden und es kann ihm eine Anhebung der Klage nur unter der Androhung des Abstandes zur Zeit zugemuthet werden. In allen den Fällen, wo das Gesetz ein Klagerecht unbedingt gewährleistet und die Gutheissung der Klage von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, wie z. B. im Scheidungs- und im Societätsprozeß kann eine Abweisung wegen abgeurtheilter Sache nur dann stattfinden, wenn aus ganz denselben thatsächlichen Gründen geklagt wird und aus denselben Gründen abgewiesen werden müßte. Der Umstand, daß schon einmal auf Scheidung geklagt worden ist, spricht noch nicht dafür, daß man es bei der neuen Klage mit einer abgeurtheilten Sache zu thun habe. Die Fortexistenz des der Klage zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisses (Ehe, Gesellschaft, unvertheilter Nachlaß), gibt dem Betheiligten stets aufs Neue das Recht, aus diesem Verhältniß zu klagen.

Die Androhung der ersten Instanz, welche die Abschreibung des frühern Prozesses zur Folge hatte, ging hiernach zu weit, der Abschreibungsbeschluß stellt sich als nichtig dar und damit fällt die Einrede der abgeurtheilten Sache, welche im vorliegenden Prozesse die Klageabweisung zur Folge hatte, dahin. Der Entscheid ist deßhalb aufzuheben und das Bezirksgericht anzuweisen, auf das Materielle der Sache einzutreten.

Ehrenschuld.

Der Antheilhaber einer Handelsgesellschaft, welche im Jahre 1873 ihre Zahlungen eingestellt und sodann die Firmagläubiger auf Grund eines Zwangsaccomodements mit 20 % abgefunden hatte, stellte seinem gewesenen Associe im Jahre 1874 folgende Schuldurkunde aus:

Ehrenerklärung:

„Endsunterzeichneter anerkennt hiemit, seinem ehemaligen Associe X. laut Büchern der erloschenen Firma 62,539 Fr. 50 schuldig geworden zu sein, die er trachten wird nach und nach abzuzahlen, sobald es ihm seine öconomischen Mittel wieder erlauben werden und er seiner Familie vorher eine sorgenlose Existenz gegründet hat.

Mit dem Ableben des Unterzeichneten erlischt die Ehrenschuld.“

Im Mai des laufenden Jahres trat nun die Wittwe des Creditors als Rechtsnachfolgerin ihres Mannes gegen den Unterzeichner der Schuldurkunde mit einer Anerkennungs- beziehungsweise Feststellungsklage auf, indem sie verlangte, das Gericht wolle erkennen, daß ihr der Beklagte gemäß und nach Inhalt des erwähnten Scheines 62,539 Fr. 50 Rp. schulde. Der Letztere bestritt die Klage, behauptend, daß es sich nur um eine naturalis obligatio und nicht um eine *klagbare* Schuld handle. Die Klage wurde indeß von beiden Instanzen geschützt.

Gründe:

Der streitige Anspruch folgt in der That aus der vom Beklagten unterzeichneten Schuldurkunde, denn seine Einrede, daß darin die Klagbarkeit der Verpflichtung wegbedungen sei, findet in dem Wortlaut der Urkunde keine ausreichende thatsächliche Bestätigung. Der Umstand nämlich, daß die Schuldurkunde als *Ehren*erklärung, die Schuld als *Ehrenschuld* bezeichnet wurde, steht mit der Auffassung der Schuld als einer klagbaren nicht im Widerspruch, sondern erklärt sich genügend dadurch, daß die Fälligkeit der Schuld von einer Besserung der Vermögensverhältnisse des Beklagten abhängig gemacht und es so theilweise in seinen Willen gelegt wurde, den Eintritt der Fälligkeit herbeizuführen, sowie durch die Schwierigkeit, welche für den Gläubiger dadurch geschaffen wurde, daß er, um effective Zahlung verlangen zu können, zunächst die Vermögensverhältnisse des Beklagten ermitteln mußte, welche Schwierigkeit ihn nöthigte, vornehmlich auf das Ehrgefühl des Beklagten abzustellen. Also kann mit den angeführten Ausdrücken ebensowohl eine Stärkung wie eine Schwächung der Verbindlichkeit des

Beklagten bezweckt gewesen sein, andere Anhaltspunkte für die Behauptung des Beklagten liegen aber nicht vor. Diese Auffassung ist um so eher vorzuziehen, als der Beklagte die 62,539 Fr. 50 zur Zeit der Ausstellung der fraglichen Urkunde unbestittenermaßen effectiv schuldete, diese Schuld eine klagbare war und unter solchen Umständen ein strikter Beweis dafür gefordert werden muß, daß die Meinung der Contrahenten dahin gegangen sei, die bis dahin klagbare Schuld in eine unklagbare umzuwandeln. (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 5. Oktober 1886.)

Die Aenderung des Domiziliaten auf einem Wechsel durch einen Giranten ist eine unerlaubte Handlung und kann die Ersatzpflicht des daraus erwachsenden Schadens begründen.

Kantonsgericht St. Gallen, 14. Septbr. 1886.

N. in St. Gallen stellte einen Eigenwechsel de Fr. 3000 per 20. November 1885 an die Ordre von H. in Zürich aus, „zahlbar bei X. in St. Gallen“. Als Giranten zeichneten den Wechsel H. in Zürich, S., Z. und T. in St. Gallen. Der Girant Z. in St. Gallen hat aber ohne Wissen und Kenntniß der Giranten H. in Zürich und S. in St. Gallen auf dem Wechsel die Worte „zahlbar bei X. in St. Gallen“ mit einem Stück Papier zugeklebt und darüber geschrieben: „zahlbar bei Z.“ — N. konnte den Wechsel nicht bezahlen. Nun löste S. denselben bei T. ein, ließ Protest erheben und wollte Regreß nehmen bei H. in Zürich. Dieser machte aber Rechtsvorschlag wegen der erwähnten Veränderung des Wechsels. Die Angelegenheit wurde in Zürich gerichtlich anhängig gemacht, dem Z. der Streit verkündet und derselbe aufgefordert, innert einer bestimmten Frist die Erklärung abzugeben, ob er die Weiterführung des Prozesses verlange. Z. ließ die Frist unbenützt verstreichen, weßhalb der Prozeß in Zürich durch Abstand gemäß Art. 252 des Zürcherischen Gesetzes über die Rechtspflege erledigt erklärt wurde.

Nun klagte S. gegen Z. auf Bezahlung der Wechselsumme und erlaufenen Retourspesen und Prozeßkosten in Zürich, zusammen Fr. 3210, und wurde bei dieser Klage geschützt. Dabei ging das Kantonsgericht von folgender Anschauung aus:

Es herrscht kein Zweifel darüber, daß der Beklagte auf dem streitigen Wechsel dem ursprünglichen Domiziliaten X. sich selbst als Domiziliat substituirt hat und zwar nachdem H. und der Kläger den Wechsel indossirt haben. Der Ort der Ausstellung gilt für den eigenen Wechsel, sofern nicht ein besonderer Zahlungsort angegeben ist, als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Ausstellers. (Artikel 825 und 826 O.-R.) Die Angabe des besonderen Zahlungsortes: „zahlbar bei X.“ ist somit ein wesentlicher Bestandtheil des streitigen Wechsels. Durch die eigenmächtige Veränderung des Zahlungsortes durch den Beklagten ist mit Nothwendigkeit bewirkt worden, daß den Vorschriften des Artikels 828 O.-R. bei Verfall des Wechsels nicht nachgelebt worden ist, bezw. nicht nachgelebt werden konnte, daß nämlich der Wechsel nicht da protestirt wurde, wohin er ursprünglich domizilirt war, was im Fernern die Folge hatte, daß nach Satz 2 des Art. 828 O.-R. der wechselmäßige Anspruch gegen den Indossenten H. dadurch verloren ging, weil die rechtzeitige Protesterhebung bei dem für H. und den Kläger gültigen Domiziliaten X. verabsäumt wurde. Wenn der Jnhalt des Wechsels, wozu im gegebenen Falle auch die Bezeichnung des Domiziliaten gehört, nach der Ausstellung und der Begebung verändert worden ist, so haften diejenigen, welche den Wechsel *vor* der Veränderung als Wechselschuldner gezeichnet haben, nicht mehr wechselmäßig.

Nun ist allerdings die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß diese grundsätzliche Beurtheilung des streitigen Regreßverhältnisses gegenüber dem H. von dem Zürcherischen Gerichte nicht getheilt und daß H. bei gänzlicher Durchführung des gegen ihn angehobenen und nachher fallen gelassenen Rechtsstreites trotz der am Wechsel vorgenommenen Aenderung des Domiziliaten vom Gerichte vielleicht doch regreßpflichtig erklärt worden wäre.

Aber diese Möglichkeit kann nicht dazu

führen, den Kläger mit seiner aus Art. 50 O.-R. gegen den Beklagten als Urheber der am Wechsel vorgenommenen Aenderung abgeleiteten Ersatzansprache abzuweisen, vielmehr ist die Klage zu schützen. — Kläger hat durch die Anhebung des Prozesses gegen H. und Streitverkündung an den Beklagten Genügendes gethan, um sich gegen den Vorwurf, die erlittene Schädigung, bezw. den Verlust des Regreßrechtes durch eigenes Verschulden selbst bewirkt zu haben, zu schützen, so daß ihm aus der Nichtdurchführung des Prozesses gegen H. ein Verlust der Ersatzansprache gegenüber dem Beklagten nicht erwachsen kann.

Da nun die eigenmächtige, nachträgliche Aenderung des Domiziliaten durch den Beklagten als eine unerlaubte Handlung und die dem Kläger daraus erwachsene Verwirkung des Regreßrechtes als eine widerrechtliche Schädigung angesehen werden muß, für welche der Beklagte dem Geschädigten nach Art. 50 O.-R. grundsätzlich ersatzpflichtig wird, und da H. einzig wegen dieser Aenderung des Wechsels seine Regreßpflicht bestritten hat und so wirksam bestreiten konnte, daß sie ohne Durchführung des Prozesses gegen ihn jedenfalls nicht hätte festgestellt werden können, so hat der Kläger dadurch, daß er dem Beklagten mittelst der Streitverkündung Gelegenheit bot, dem drohenden Rechtsnachtheil durch Aufnahme des Prozesses selbst vorzubeugen, Alles gethan, was von ihm unter obwaltenden Umständen vernünftiger Weise verlangt werden konnte; denn ihm war nicht zuzumuthen, den an sich zum Mindesten höchst fraglichen Rechtsstreit auf eigene Kosten durch alle Instanzen nnd mit allen Rechtsmitteln durchzuführen, um den Urheber der Schädigung, bezw. den Beklagten vor den Ersatzfolgen seiner unerlaubten Handlungsweise zu schützen.

Drucq von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. November 1886. V. Band. № 21.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 17. September 1886

in Sachen

der Firma *Morteo Gianolio e Societa commerciale d'Allessandria in Turin,* Klägerin und Widerbeklagte,

gegen

die Firma *Forrer-Ernst & Cie. in Winterthur,* Beklagte und Widerklägerin,

betr. Forderung aus Kauf.

Gewährleistung des Verkäufers, Ort und Zeit der Untersuchung und Mängelrüge bei im Ausland bestellten Waaren. Kauf *nach Muster* oder gewöhnlicher Kauf? etc.

Streitfragen:

I. Zur Hauptklage: Ist die Beklagte verpflichtet, den ihr unterm 10. Oktober 1885 facturirten Waggon Sesamkuchen in Empfang zu nehmen und an die Klägerin den Facturawerth mit 950 Fr. und 16 Fr. 45 Protestkosten, Werth 10. Dezember 1885 nebst Zins à 6 % von diesem Tage an zu bezahlen?

II. Zur Widerklage: Ist die Klägerin und Widerbeklagte schuldig, der Beklagten und Widerklägerin zu bezahlen:

1. Die ausgelegte Fracht mit 336 Fr.
2. Die Spesen für zweimalige Reise nach Laufenburg mit 18 Fr. 95, für zweimalige Reise nach Zürich mit 16 Fr. 10 und für Briefporti und Depeschen 9 Fr. 40.
3. Die Kosten der Analyse des Dr. Grete.
4. Den entgangenen Gewinn mit 75 Fr.?

Thatsächliches:

A. Die klägerische Firma, welche in Cantalupo, einer italienischen Eisenbahnstation bei Allessandria, eine Oelkuchenfabrik zu Viehfütterungs- und Düngerzwecken betreibt, offerirte der beklagten Firma mit Brief vom 7. September 1885 2 oder 3 Wagenladungen „tourteaux du Levant (Alexandrette)". Am 9. September erbat sich hierauf die Beklagte Muster dieser Sesamkuchen, beifügend: „si du moins ces tourteaux peuvent servir sans danger et sans inconvenient, à la nourriture du bétail." Die Klägerin versicherte dieß mit Brief vom 10. September unter Zusendung eines Musters und garantirte für die nämlichen Nährqualitäten und dasselbe Mengungsverhältniß (dosage) wie beim „sésame blanc du Levant", worauf Seitens der Beklagten am 15. September eine Bestellung von 2 oder

3 Wagenladungen zu je 10,000 Kilo erfolgte, lieferbar franco Cantalupo zum Preise von 9. 50 per 100 Kilo, aber nur unter der Bedingung, daß die Waare nicht dunkler sei als das Muster, gleichzeitig bat sie um Zusendung von 2 Kuchen als Muster „afin de pouvoir en distribuer des types à notre clientèle". Die Klägerin acceptirte mit Brief vom 17. September diese Bestellung und kündigte 2 Tage später die Absendung eines Kuchens von Turin aus an, einen weitern Kuchen aus der Fabrik in Aussicht stellend. Am 21. September anullirte jedoch Beklagte die Bestellung, weil die Farbe des zugeschickten Kuchens dunkler sei als diejenige des zuerst empfangenen kleinen Musters; die Klägerin erklärte, darauf nicht eingehen zu können bis die Beklagte sich auch über das von Cantalupo aus gesandte Muster ausgesprochen habe, da sich aber dieses als noch dunkler erwies, beharrte die Beklagte auf der Rücknahme der Bestellung und die Klägerin erklärte schließlich mit Brief vom 28. Sept. — wie sie bemerkt aus Gefälligkeit — ihre Zustimmung dazu.

B. Am 7. Oktober 1885 berichteten Forrer-Ernst & Cie. der Klägerin: „Ungeachtet der dunkeln Farbe Ihrer tourteaux d'Alexandrette hat sich einer unserer Kunden entschlossen, davon eine Wagenladung von 10,000 Kilo zu nehmen" und ersuchten sie, dieses Quantum sofort an die Adresse der Bestellerin, Bahnhof *Luzern* abgehen zu lassen und zwar zum Preise von 9 Fr. 50 Cts. per 100 Kilo, *franco Cantalupo,* jedoch unter der Bedingung, daß die Farbe nicht dünkler sei als diejenige der beiden am *20.* September erhaltenen Musterkuchen und daß sie, die Besteller, ihrem Käufer einen Gehalt von 35 % Protein und 9 % Fett garantiren können. Die Klägerin acceptirte diese Bestellung am 8. Oktober, bemerkend: „Es bleibt verstanden, daß die Qualität nicht dunkler sei als diejenige unserer Muster und wir garantiren Ihnen einen Gehalt von 35 % Protein und 9 % Fett."

Die Waare wurde am *10.* Oktober facturirt und von Cantalupo aus per Eisenbahn spedirt, sie kam am 13. Oktober in Luzern an und rollte am 14. nach Laufenburg weiter, am 16. Oktober meldete der dort wohnende Abnehmer der Beklagten, Namens Sulzer, telegraphisch die Ankunft der Kuchen, beifügend, daß sie nicht musterconform beschaffen seien und anfragend, ob er solche retour senden oder auf unrechthabende Kosten ausladen solle; Tags darauf bestätigte er brieflich die Dispositionsstellung, weil die Kuchen in hohem Grade mit Haarsträngen durchzogen und theilweise mit alter saurer Waare gemischt seien. Mit Brief vom 18. Oktober zeigten Forrer-Ernst & Cie. ihrerseits der Klägerin an, daß ihr Abnehmer die Annahme der Kuchen verweigere, weil dieselben sauer, verdorben und voll von Haaren seien und daß ihr somit die Waare gegen Ersatz der Fracht-Kosten in Laufenburg zur Disposition stehe. Am 21. Oktober erfolgte indeß von Seite des klägerischen Vertreters in Zürich die Ablehnung der Dispositonsstellung, weil Klägerin sich nicht verpflichtet habe, haarfreie Sesamkuchen zu liefern und die Einrichtungen derart seien, daß die Haare mit dem besten Willen nicht vermieden werden können, worauf die Beklagte erwiderte, sie wisse allerdings, daß die klägerische Firma sich nicht verpflichtet habe, haarfreie Kuchen zu liefern und sie würde die Sendung auch nicht zur Verfügung gestellt haben, wenn die Kuchen nur mit so viel Haaren behaftet gewesen wären, wie dieß bei den Lieferungen derselben gewöhnlich der Fall sei, dazu komme, daß überdieß noch ein Theil der Waare *alt* und sauer sei.

C. Unterdessen waren die Kuchen von Sulzer in Laufenburg in sein Magazin untergebracht worden, er ersuchte jedoch Forrer-Ernst & Cie., ihr Möglichstes zu thun, daß Klägerin bald über die Waare verfüge. Nun entspann sich zwischen den Partheien eine ziemlich weitläufige, aber erfolglose Correspondenz. Der Reisende der Klägerin, welcher sich nach Laufenburg begab, um die Kuchen zu besichtigen, ließ der Beklagten berichten, er habe weder gefunden, daß die Waare mit außergewöhnlich viel Haaren behaftet noch daß dieselbe sauer oder alt sei. Nachdem Forrer-Ernst selbst nach Laufenburg gereist war, meldete er am 1. November 1885 als Resultat seiner Untersuchung Folgendes:

„Die Kuchen sind zwar viel stärker als „gewöhnlich mit Haaren und Haarsträngen „behaftet, aber allerdings hätten wir sie nach „der Beschreibung unseres Abnehmers für „noch schlimmer taxirt. Was uns aber viel „mehr als diese Haare und Haarstränge er„schreckt hat, ist der Umstand, daß ein Theil „der Kuchen feucht und grau und also deß„wegen zur Viehfütterung vollständig un„brauchbar ist.“

Mit Brief vom 4. Dezember 1885 übermachte die beklagte Firma der Klägerin die Abschrift eines vom 29. November 1885 datirten Attestes des Dr. Grete, Vorstand der schweiz. agric. chemischen Controllstation in Zürich, folgenden Inhalts:

„Die mir (durch Sulzer in Laufenburg) „unterm 8. November zugesandten Sesam„kuchenstücke sind im Allgemeinen von sehr „geringer Qualität der großen Menge von „Preßhaaren wegen. Hiedurch wird die Qua„lität deßhalb herabgedrückt, weil die Noth„wendigkeit entsteht, die Haare durch Ab„sieben des verkleinerten Materials zu ent„fernen.

„Daß solche Haare überhaupt in italieni„schen Kuchen vorkommen, ist bekannt, für „billigen Preis werden sie dennoch gekauft, „weil nach erfolgter Reinigung von Haaren „der Anwendung nichts mehr im Wege steht.

„Abgesehen von diesen äußern Qualitäts„mängeln läßt sich gegen 4 der eingesandten „Stücke nichts einwenden, das 5te dagegen „scheint von *älterm* Material zu sein, es „zeichnet sich vor den andern auch durch „seine helle graue Farbe aus, während die „übrigen einen etwas rostfarbenen Ton zeigen. „Befinden sich mehrere solcher Kuchen in „der Sendung, so sollten alle mit heller „grauer Farbe entfernt und für Düngungs„zwecke benutzt werden.“

In Beantwortung dieser Mittheilung schrieb die klägerische Firma unterm 6. Dezember v. Js. an Forrer-Ernst & Cie., daß das Gutachten des Dr. Grete in Bezug auf das Vorhandensein der Haare genau mit ihrer Auffassung harmonire, d. h. daß die in Frage stehenden Kuchen genau diejenigen seien, die man in Italien wegen des Vorhandenseins von Haaren zu reduzirten Preisen kaufe, im Weitern habe sie, die Klägerin, nicht zu untersuchen, ob die Sendung Kuchen von hellerer oder grauer Farbe enthalte, da die Waare aus ihrer Fabrik in gesundem und gutem Zustande abgegangen sei und es sie nicht berühre, wenn dieselbe sich auf der Reise verschlechtert habe. Die von der klägerischen Firma auf Forrer-Ernst gezogene Tratte von Fr. 950 per 10. Dezember 1885 wurde nicht eingelöst und ging mit 16 Fr. 45 Protest- und Retourspesen an Erstere zurück.

D. Am 26. Februar d. J. reichte Klägerin die Klage beim Handelsgericht ein. Die Beklagte verlangte Abweisung derselben gestützt auf die Behauptung, daß die Waare nicht musterconform sei, sondern zu viel Haarstränge besitze, daß sie ferner alt, verlegen, feucht und schimmlig und in Folge dessen sauer und verdorben sei und sich aus allen diesen Gründen nicht zur Viehfütterung eigne. Sie producirte zum Beweis hiefür eine amtlich beglaubigte Bescheinigung eines G. Schilplin, Präsident des landwirthschaftlichen Vereins Laufenburg und berief sich auf Expertise dafür, daß die Waare nicht auf der Eisenbahn und nicht in Laufenburg in diesen Zustand gerathen sei. Endlich stellte sie die im Eingang specificirte Widerklage.

E. Die Klägerin machte dagegen geltend, daß die Bemängelung der Waare zu spät erfolgt und daher verwirkt sei, sie bestritt, daß ein Kauf nach Muster vorliege und berief sich im Uebrigen auf Expertise dafür, daß die gelieferten Kuchen vollständig der Qualität entsprechen, die zu dem stipulirten Preise von 9 Fr. 50 für Waare italienischer Provenienz gefordert werden könne und daß sie sich auch für die Viehfütterung vollständig eignen. Endlich wurde Zeugenbeweis dafür anerboten, daß die Waare in Cantalupo in untadelhaftem, speziell nicht feuchtem oder grauem Zustande verladen worden sei und Abweisung der Wiederklage beantragt.

F. Schon vor der Hauptverhandlung hatte der Vertreter der Beklagten dem Gerichte mitgetheilt, daß Sulzer in Laufenburg die streitige Waare nicht länger behalten wolle und den Vorschlag gemacht, daß dieselbe ins Lagerhaus der Bank in Winterthur in Depot gegeben werde; es wurde demselben erwidert,

daß dieser Translokation des Streitobjectes nichts im Wege stehe, worauf dieselbe wirklich erfolgte.

G. Der Werkführer der klägerischen Oelmühle, Franz Gastaldi, der Spediteur der klägerischen Fabrik, Hector Beretta, und zwei Fuhrmänner der klägerischen Firma, Namens Emannuelli, Vater und Sohn, welche durch das zuständige italienische Gericht auf dem Requisitorialwege einvernommen worden sind, deponirten übereinstimmend, daß die am 10. Oktober 1885 an Forrer-Ernst & Cie. nach dem Bahnhof Luzern adressirten Oelkuchen zur Zeit der Verladung in Cantalupo weder grau noch feucht gewesen, sondern sich in gutem und hauptsächlich trockenem Zustande befunden haben.

Der gerichtlich bestellte Experte, H. Schneebeli, Lehrer an der landwirthschaftlichen Schule zum Strickhof, erstattete folgendes Gutachten:

1. Von vollständiger Untauglichkeit fraglicher Sesamkuchen zur Viehfütterung — der beigemengten Haare wegen — könne keine Rede sein; immerhin werde durch die Haare die Brauchbarkeit der Waare als Viehfutter *vermindert*. Diese verminderte Tauglichkeit der Waare zur Viehfütterung sei hier eine erhebliche, trotzdem aber könne, wenn nur die Verunreinigung durch Haare in Betracht gezogen werde, nicht behauptet werden, daß sie in einem größern Umfange vorhanden sei, als dieß von Kuchen italienischer Provenienz, welche zum Preise von 9 Fr. 50 per 100 Kilo gekauft werden, zu erwarten sei.

2. Die Kuchen haben zur Zeit der Besichtigung im Lagerhaus Winterthur (17. Juni 1886) auf den Experten allerdings den Eindruck von zum Theil *alter, verlegener* Waare gemacht, jedoch könnte seiner Ueberzeugung nach das Aussehen auch auf jüngere, jedoch gleich nach der Produktion mangelhaft aufbewahrte Kuchen schliessen lassen.

3. Die Kuchen seien nicht ganz, aber doch zu einem größern Theile ganz schimmelig. Zur Zeit der Besichtigung im Lagerhaus habe der Experte verhältnißmäßig nur ganz wenige feuchte Stücke, von schmutzig-weißlicher oder grau- und blaugrüner Farbe, herrührend von einer lebhaft wuchernden Pilzdecke, gefunden, dagegen sehr viele *trockene*, mit einer deutlich sichtbaren grünlichen, *abgestorbenen* Pilzvegetation bedeckte. Alle schimmeligen Kuchen seien aber unbedingt als verdorben zu bezeichnen. Ob diese Fehler schon bei der Verladung der Waare in Cantalupo vorhanden gewesen oder ob dieselben erst auf dem Transporte oder während des Lagerns in Laufenburg entstanden seien, könne der Experte nicht mit absoluter Sicherheit entscheiden; seiner Ansicht nach seien die Kuchen schon in Cantalupo in Folge unsorgfältiger Aufbewahrung theilweise verdorben gewesen.

4. Die Waare sei der unter 2 und 3 bezeichneten Mängel wegen, die höchst wahrscheinlich schon in Cantalupo vorhanden gewesen, unbedingt von der Verwendung zur Viehfütterung auszuschliessen und zwar in ihrer ganzen Masse.

Zur Widerklage brachte die Beklagte noch zu den Akten:

1. Eine an sie gerichtete Zuschrift der Güterexpedition der Gotthardbahn, laut welcher die Fracht von Cantalupo bis Luzern Fr. 245 und
von Luzern bis Laufenburg „ 91
somit den in der Widerklage geforderten Betrag von Fr. 336
ausmacht.

2. Einen beglaubigten Auszug aus ihrem Facturacopierbuch, wonach sie den Waggon Sesamkuchen ihrem Abnehmer Sulzer, lieferbar franco Laufenburg, um 1350 Fr. verkauft hat.

Entscheidungsgründe:

1. Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung eines ihr am 10. Oktober 1885 facturirten und gelieferten Waggons Sesamkuchen. Letztere beharrt auf der Rückgängigmachung des Kaufs, weil die Klägerin nicht vertragsgemäß geliefert habe. Die Verkäuferin hinwiederum hält dieser Einrede des nicht erfüllten Vertrages die Replik der Verwirkung der Mängelrüge wegen nicht rechtzeitiger Geltendmachung der Reklamation gegenüber.

2. Vorerst kann nach dem Inhalt der Kaufsabrede keinem Zweifel unterliegen, daß Cantalupo als vertraglicher Erfüllungsort fest-

gesetzt worden ist. Die Waare war zu liefern „franco Cantalupo“, hier wurde sie zum Transport an die Adresse der Beklagten, Bahnhof Luzern, der Eisenbahn übergeben, und damit gieng die Gefahr auf den Käufer über. Indessen folgt daraus, daß Cantalupo als vertraglicher Erfüllungsort anzusehen ist, nicht, daß diese Station gleichzeitig der Empfangs- und Untersuchungsort sei. Nach dem Wortlaut des Art. 246 des O.-R., welchem sich die Parteien stillschweigend unterworfen haben, — wenigstens hat keine Partei geltend gemacht, daß italienisches Recht zur Anwendung komme, — ist anzunehmen, die Prüfungspflicht beginne erst mit dem Momente der wirklichen Ablieferung, der Ankunft der Waare an dem, dem Verkäufer kundgegebenen Bestimmungsort; jene Gesetzesbestimmung verpflichtet den Käufer, die Prüfung der „empfangenen“ Waare vorzunehmen, sobald dies nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist. Auf Grund des Bestellbriefes vom 7. Oktober 1885 war die Klägerin berechtigt, Luzern als Ablieferungsort anzusehen und somit davon auszugehen, daß dort die Feststellung des Thatbestandes stattfinden werde, welche nach Art. 248 des O.-R. bei Distanzkäufen stattzufinden hat. Die Beklagte konnte durch eine einseitig getroffene Bestimmung den vertraglich vereinbarten Ablieferungsort nicht beliebig anderswohin, z. B. an den Wohnort ihres Abnehmers — Laufenburg —, welchen die Klägerin nicht kannte, verlegen; darauf, daß der Verkäufer im Allgemeinen davon Kenntniß hat, daß der Käufer die Waare nicht für sich selbst brauche, kann nichts ankommen.

3. Somit ist bezüglich der Frage, ob die Beklagte rechtzeitig die Waare geprüft und der Klägerin von dem Vorhandensein von Mängeln Anzeige gemacht habe, der Zeitpunkt der Ankunft der Waare in Luzern maßgebend und dies ist der 13. Oktober. Schon mit Brief vom 18. Oktober erfolgte die Dispositionsstellung der Waare Seitens der Beklagten, sodaß mit Grund nicht von einer ungehörigen Verzögerung der Reklamation gesprochen werden kann. Die Klägerin hat denn auch in der darauf folgenden Correspondenz selbst diesen Standpunkt nie eingenommen.

4. Es ist daher auf das Materielle dieser Sache einzutreten und zu erörtern, ob die stattgefundene Bemängelung der Waare an sich begründet sei.

Die Parteien sind uneinig darüber, ob die Klägerin nur für die gesetzesgemäße Beschaffenheit der gelieferten Sesamkuchen, d. h. dafür Gewähr zu leisten habe, daß die Waare nicht solche Mängel habe, welche ihren Werth oder ihre Untauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich vermindern, oder ob besondere Eigenschaften zugesichert worden seien, für welche die Klägerin einzustehen habe. Die Beklagte macht nämlich geltend, es liege nicht blos ein Kauf nach Muster vor, sondern ein Kauf mit bestimmten Zusicherungen hinsichtlich der Qualität des Musters und der Waare.

5. Dieser Anschauung kann indessen nicht beigepflichtet werden. Es ist vom Vertreter der Klägerin richtig bemerkt worden, daß die bloße Vorlegung oder Zustellung eines Musters das Geschäft nicht ohne weiteres als einen eigentlichen Kauf nach Probe oder Muster im Sinne des Art. 267 des O.-R. qualificire, sondern es muß entweder eine ausdrückliche Verabredung, daß die Waare der Probe entsprechen müsse, nachgewiesen oder aus den Umständen ersichtlich sein, daß der Handel auf Grundlage der Probe abgeschlossen worden ist.

6. In der später annullirten Bestellung vom 15. September 1885 wurde auf das unterm 10. September zugesandte Muster Bezug genommen und hier hätte es sich in der That fragen können, ob nicht ein Kauf nach Probe anzunehmen sei. Hiegegen würde allerdings sprechen der Umstand, daß die Beklagte lediglich Uebereinstimmung bezüglich der Farbe und nicht auch bezüglich der übrigen Qualität verlangte. Auch ist, da die Beklagte die fragl. Sorte Sesamkuchen, die ihr an Stelle einer andern angetragen wurde, nicht kannte, wohl möglich, daß ein Muster nur zu dem Zwecke verlangt worden war, sich einen allgemeinen Begriff von den offerirten Kuchen zu verschaffen. Es braucht jedoch diese Frage nicht weiter erörtert zu werden, da die Beklagte nicht dieses Muster als Grundlage des Kaufabschlusses vom 7. Oktober 1885

bezeichnete, sondern die zwei ganzen Kuchen, welche sie sich gleichzeitig mit der Bestellung am 15. September 1885 ausbat, um davon Typmuster an ihre Kundschaft vertheilen zu können.

7. Zum Wesen eines Kaufs nach Muster gehört, daß dem Käufer ein eigentliches Verkaufsmuster zu sorgfältiger Aufbewahrung behufs späterer Vergleichung übergeben wird. Gerade diese Voraussetzung trifft aber auf das Kaufsgeschäft vom 7. Oktober 1885 nicht zu, denn nachdem die frühere Bestellung wegen der dunkeln Farbe der beiden Ausfallmuster mit Zustimmung der Klägerin rückgängig gemacht worden war, bestand für die Beklagte eine Pflicht nicht mehr, diese Kuchen weiter aufzubewahren; möglicherweise hätten sie am 7. Oktober nicht mehr vorhanden sein können. Wenn in der Bestellung vom 7. Oktober gleichwohl auf dieselben Bezug genommen wird, so geschah dies nur in der Weise, daß damit im Allgemeinen die Qualität der zu liefernden Waare gekennzeichnet, und im Uebrigen gesagt wurde, die Farbe dürfe nicht dünkler sein; davon aber, daß der Wille der Contrahenten dahin gegangen sei, es sollen die Kuchen den unterm 21. September empfangenen Kuchen in allen Theilen entsprechen, kann nicht die Rede sein.

8. Handelt es sich einerseits nicht um einen Kauf nach Probe, so muß auch die weitere Frage, ob dem Käufer besondere Eigenschaften zugesichert worden seien, verneint werden. Darüber, daß die streitigen Sesamkuchen einen Minimalgehalt von 35 % Protein und 9 % Fett haben, herrscht unter den Parteien kein Streit, ebenso sind sie darüber einig, daß die Tauglichkeit zur Viehfütterung vorausgesetzte Eigenschaft der Waare sei, für deren Vorhandensein der Verkäufer ohne bes. Zusicherungen einzustehen hat. Dafür aber, daß die Klägerin weiter gehende Versprechungen gegeben habe, z. B. daß die Kuchen gar nicht oder nur in geringem Maße mit Haaren behaftet sein dürfen, geben die Akten keinerlei Anhaltspunkte.

9. Nach den bisherigen Ausführungen blieb somit nur noch die Untersuchung der Frage übrig, ob die von der Klägerin gelieferte Waare gesetzesgemäß beschaffen gewesen sei, oder ob, wie die Beklagte behauptet, derselben Mängel angehaftet haben, welche ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauche, d. h. der Verwendung für Viehfütterung, ausschliessen oder erheblich mindern (Art. 243 des O.-R.). Es ist nun Sache der Beklagten, das Dasein der von ihr behaupteten Mängel im Zeitpunkt der Empfangnahme der Waare nachzuweisen, weil sie gemäß Art. 248, Abs. 2 des O.-R. zur unverzüglichen Feststellung des Thatbestandes verpflichtet gewesen wäre und dieser Pflicht kein Genüge geleistet hat, worüber ein Zweifel nicht bestehen kann. Dieselbe hat nämlich zugeben müssen, daß sie erst nach Mitte November ihren Abnehmer Sulzer in Laufenburg ersucht habe, auf amtlichem Wege Muster ziehen zu lassen; das schriftliche Zeugniß des Schilplin, welches erst im Januar ausgestellt wurde, konnte nicht als eine gehörige Constatirung im Sinne des Gesetzes betrachtet werden. Das Gutachten des Dr. Grete endlich ist erst am 29. November 1885, also mehr als 5 Wochen nach Ankunft der Waare in Laufenburg abgegeben worden. — Der Vertreter der Beklagten hatte in der Replik ausdrücklich erklärt, er besitze dafür, daß die Waare in dem von ihm beschriebenen Zustande in Laufenburg angekommen sei, keine andern Beweismittel als Expertise, dagegen war auch der von der Klägerin offerirte Zeugenbeweis dafür, daß die Waare in Cantalupo in gutem Zustande verladen worden sei, als Gegenbeweis abzunehmen.

10. Der der Beklagten obliegende Beweis ist nun aber nach dem Resultat des Beweisverfahrens als geleistet zu betrachten.

Allerdings kommt der Experte, dessen Sachkenntniß außer Zweifel steht und auch als anerkannt zu betrachten ist, nachdem keine der Parteien von den in § 405 des Ges. betr. die Rechtspflege eingeräumten Befugnissen Gebrauch gemacht hat, zu dem Schlusse, daß wenn auch die Tauglichkeit der Kuchen zur Viehfütterung der beigemengten Haare wegen erheblich vermindert werde, doch nicht behauptet werden könne, daß Letztere in einem größern Umfange vorhanden seien als dies von Kuchen italienischer Provenienz, welche zum Preise von Fr. 9. 50 gekauft werden,

zu erwarten sei. Dem Beklagten war nun bekannt, daß, wie auch Dr. Grete in seinem Gutachten ausführt, Haare in den italienischen Oelkuchen vorkommen, er wußte speziell, daß die klägerische Fabrik keine haarfreien Kuchen liefere (siehe Brief von Forrer-Ernst & Cie. vom 21. Oktober 1885). Da aber der Verkäufer für Mängel, welche der Käufer zur Zeit des Kaufabschlusses gekannt hat, nicht haftet (Art. 244 des O.-R.), so lag es Letzterem ob, zu beweisen, daß die Kuchen in ungewöhnlichem Umfange mit Haaren behaftet seien, bei Untersuchung dieser Frage waren Kuchen italienischer Provenienz als Maßstab zu betrachten und es war hauptsächlich auch der vereinbarte Kaufpreis zu berücksichtigen.

11. Dagegen sind durch den Expertenbefund Mängel constatirt, welche die Verwendbarkeit der Kuchen zur Viehfütterung in der That ausschliessen. Der Experte bemerkt zwar, er könne nicht mit absoluter Sicherheit entscheiden, ob diese Fehler schon bei der Verladung in Cantalupo vorhanden gewesen oder ob dieselben erst auf dem Transport oder während des Lagerns in Laufenburg entstanden seien, und es stehen der erstern Annahme die Zeugenaussagen der Angestellten der Klägerin gegenüber, welche einmüthig bestätigen, daß die Kuchen sich bei der Ablieferung in gutem Zustande befunden haben. Gleichwohl ist der Beweis für die gegentheilige Ansicht als geleistet zu betrachten mit Rücksicht auf die vom Experten in der Begründung verwertheten, in Verbindung mit andern, in den Akten liegenden Momenten. Insbesondere ist darauf zu verweisen, daß in der von Sulzer zuerst erhobenen Reklamation von „*alter*“, „saurer“ Waare die Rede ist, wie auch Dr. Grete von „*älterem* Materiale“ spricht, und als Kennzeichen in Uebereinstimmung mit Schneebeli die hellere Farbe angibt; die Richtigkeit dieser Ausstellung vorausgesetzt, war von vorn herein ausgeschlossen, daß der verdorbene Zustand dem 6tägigen Transport von Cantalupo nach Laufenburg oder der Lagerung daselbst zuzuschreiben sei. Auch das Zeugniß des Schilplin, welcher die Waare bei der Ankunft gesehen haben will und constatirt, daß ein Theil derselben ein lokeres Gefüge, das Gefüge der Zersetzung zeige, einen säuerlichen Geschmack und bräunlich-*graue* Farbe habe, unterstützt die Annahme, daß man es zum Theil mit *verlegener* Waare zu thun habe, wenn man damit vergleicht die Ausführung des Experten, daß die Kuchen auffällig vielen Bruch aufweisen. Dagegen, daß die Ueberführung der Waare in das Sulzer'sche Magazin und die Lagerung daselbst an der feuchten und schimmeligen Beschaffenheit Schuld sei, spricht der Umstand, daß der sachverständige Dr. Grete, welchem dies kaum entgangen wäre, hievon nichts weiß, sowie daß jenes Magazin vom Gemeindammannamt Laufenburg als trocken und luftig geschildert wird, so daß es sich auch zur Aufbewahrung von Zucker eigne.

Den durchaus überzeugenden Schlußfolgerungen des Gutachtens gegenüber sind die Aussagen der klägerischen Angestellten, welche ohnehin mit Vorsicht zu würdigen wären, deßhalb von geringer Bedeutung, weil die den Kuchen anhaftenden Mängel nach der Beschreibung des Experten derart waren, daß sie nur bei genauer Untersuchung entdeckt werden konnten, und weil jene Zeugen weder Veranlaßung zu einer genauen Prüfung noch die nöthige Sachkenntniß hatten, so daß ihnen der Zustand der Kuchen bei oberflächlicher Beobachtung gar wohl als gut erscheinen konnte.

12. Die Verdorbenheit der streitigen Sesamkuchenlieferung führt dazu, den Wandelungsanspruch der Beklagten begründet zu erklären und die Hauptklage abzuweisen.

Gemäß Art. 253 des O.-R. ist die Klägerin und Widerbeklagte verpflichtet, der Beklagten zunächst den Schaden zu ersetzen, welcher derselben durch die Lieferung fehlerhafter Waare unmittelbar verursacht worden ist. Dazu gehören die Frachtspesen für den Transport der Waare von Cantalupo nach Laufenburg; die Widerklägerin hat sich durch die Bescheinigung der Güterexpedition über die Richtigkeit des von ihr sub Post 1 der Widerklage geforderten Betrages ausgewiesen. Zum unmittelbaren Schaden sind ferner zu rechnen die Reise- und andern Auslagen, welche die Beklagte zum Behuf der Fest-

stellung der Mängel und in Folge der Rückgängigmachung aufwenden mußte, und welche sie auf Fr. 44. 65 Cts. beziffert. Nun ist nicht bestritten, daß je 2 Reisen nach Zürich und Laufenburg wirklich gemacht worden sind; es rechtfertigt sich unter diesem Titel nach freiem richterlichen Ermessen einen Betrag von Fr. 40 gutzuheissen. Dagegen ist die 3. Post der Widerklage: „Ersatz der Kosten der Expertise des Dr. Grete" — aus dem Grunde zu verwerfeu, weil die Widerklägerin auch heute unterlassen hat, den Betrag derselben anzugeben. — Gemäß dem im letzten Absatz des Art. 253 des O.-R. gerufenen Art. 241 eod. ist, wenn ein Verschulden des Verkäufers vorliegt, derselbe auch zu weiterm Schadenersatz verpflichtet. Nun ist aber der der Widerbeklagten gemäß Art. 110 des O.-R. obliegende Beweis dafür, daß ihr keinerlei Verschulden an der Rückgängigmachung des Kaufgeschäftes zur Last falle, in keiner Weise geleistet. Es ist daher auch auf den mittelbaren Schaden einzutreten, den die Widerklägerin erlitten hat, und welcher besteht in dem entgangenen Gewinn. Es ist nicht bestritten, daß der streitige Waggon Sesamkuchen an Sulzer in Laufenburg um Fr. 1350. — verkauft war, während der Ankaufspreis bloß Fr. 950. — betragen hatte; rechnet man hiezu die „ 336. — betragenden Frachtkosten, so beziffern sich die Anschaffungskosten auf Fr. 1286. — und es stellt sich ein entgangener Gewinn im Betrage von Fr. 64. — heraus, welcher der Widerklägerin zu ersetzen ist.

13. Da die Widerklage nur zu einem kleinen Theile verworfen wird, die Klägerin im Uebrigen aber vollständig unterliegt, so sind derselben sämmtliche Kosten, sowie eine angemessene Prozeßentschädigung für die Beklagte aufzulegen.

Schluss:

1. Die Hauptklage ist abgewiesen.

2. Die Klägerin und Widerbeklagte ist schuldig, an die Beklagte und Widerklägerin 440 Fr. zu bezahlen, mit ihrer Mehrforderung wird die Letztere abgewiesen.

3. Die Staatsgebühr ist auf 120 Fr. festgesetzt.

4. Die Kosten sind der Klägerin und Widerbeklagten aufgelegt und es hat dieselbe die Beklagte und Widerklägerin prozessualisch mit Fr. 150 zu entschädigen.

5. Mittheilung.

Competenz-Entscheid

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 8. Oktober 1886

in Sachen

des *Ludwig Dressler,* Schuh-, Kleider- und Kurzwaarenhandlung in *St. Gallen,* Kläger

gegen

Julius Bloch, Strumpfwaarenfabrikant in *Zürich,* Beklagten

betreffend Eigenthum, Arrest und unerlaubte Handlungen.

Die «*Beziehung des Streites auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt*» im Sinne des § 95 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes.

Thatsächliches:

A. Unterm 1. Oktober 1886 machte der Vertreter des Klägers beim Handelsgericht durch Einreichung friedensrichterlicher Weisung und Klageschrift einen Prozeß anhängig über die Streitfragen:

1. Sind die vom Beklagten in Reinach mit Beschlag belegten Gegenstände unbeschwertes Eigenthum des Klägers?

2. Ist der Beklagte schuldig, diese Beschlagnahme innert Frist aufzuheben oder dem Kläger 1500 Fr. zu bezahlen?

3. Ist der Beklagte schluldig, dem Kläger die Kosten des Arrestverfahrens zu ersetzen und ihm für Umtriebe und Schädigung 500 Frcs. zu bezahlen?

Laut der Weisung erklärte der Beklagte sich mit der Competenz des Handelsgerichtes einverstanden.

B. Nach Inhalt der Klageschrift werden die gestellten Rechtsbegehren folgendenmaßen begründet:

Georg Abel in Winterthur, der mit seinen Waaren die Schweizer Märkte besuche, habe vom Beklagten solche bezogen und sei demselben daher 605 Fr. 65 schuldig geworden. Hiefür habe Ephraim Oettinger, Schwager des Beklagten, am 1. Dezember 1885 gegen Abel in Zug, wo derselbe auf dem Markte gewesen sei, auf dessen Vorräthe gerichtliche Beschlagnahme verlangt und es habe dann, um diesem vorzubeugen, der ebenfalls anwesende Kläger die Forderung des Beklagten mit einem Rabatt von 50 Fr. bezahlt. Außer den dadurch dem Kläger schuldig gewordenen 555 Fr. 65 habe Abel diesem aus Waarenlieferungen 1400 Fr. geschuldet. Hiefür habe letzterer ihm am Abend des 1. Dezember 1885 seine sämmtlichen, auf dem Zuger Markt befindlichen Waaren a conto der Schuld zu Eigenthum abgetreten und sich außerdem verpflichtet, für ihn an dem, am 3. gl. Mts. in Reinach stattfindenden Markte die Waaren feilzubieten und ihm die „Losung" (Erlös) nebst dem unverkauften Rest am 5. Dezember nach St. Gallen zu bringen. Als Abel am genannten Tage zu Reinach mit dem Verkauf begonnen habe, sei dann plötzlich Oettinger mit der Polizei und dem Gerichtsweibel erschienen und habe die Waaren mit Beschlag belegen lassen bei vergeblicher Protestation des Abel und zwar mit dem Vorgeben, Georg Abel und sein Bruder Peter Abel schulden ihm gemeinsam noch 1113 Fr. und die beschlagnahmte Waare sei ihr Eigenthum. Sodann sei der Arrest vom Bezirksgericht Kulm bestätigt worden und die Waare solle verkauft und der Erlös dem Beklagten verabfolgt worden sein.

Entscheidungsgründe:

1. Der eingeleitete Rechtsstreit muß Mangels der Competenz des Handelsgerichtes von der Hand gewiesen werden. Die Partheien sind zwar im Handelsregister eingetragen und es übersteigt der Streitwerth auch die Summe von 500 Fr.; allein der Streit bezieht sich weder auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe noch auf Handelsverhältnisse überhaupt. Mit den zwei ersten Rechtsbegehren verlangt der Kläger unbeschwerte Herausgabe der Gegenstände, auf welche der Beklagte einen Arrest hat auswirken lassen oder Ersatz ihres Werthes mit 1500 Fr. und dieser Anspruch wird auf den Titel des Eigenthums an den betreffenden Objecten gestützt, nicht aber aus irgend welchen Handlungen des Beklagten abgeleitet. Die Arrestauswirkung durch den Letztern bildet nur die Veranlassung zur Eigenthumsklage, für die Frage der Competenz kommt es aber nicht auf die Beziehung der *die Veranlassung zur Klage bildenden Handlungen* des Beklagten zu seinem Gewerbe, sondern lediglich auf die Beziehung der klagebegründenden Thatsachen zu demselben an; nur die letztere Beziehung vermag die Zuständigkeit des Handelsgerichtes zu begründen, daß diese aber in concreto nicht vorhanden ist, leuchtet von selbst ein; denn die thatsächlichen Vorgänge, aus denen Kläger den Eigenthumserwerb an den fraglichen Gegenständen ableitet, haben mit dem Betrieb des beklagtischen Gewerbes überall nichts zu thun. Ebenso wenig bezieht sich der Streit auf Handelsverhältnisse überhaupt; denn den Klagethatsachen geht dieser Charakter vollständig ab.

2. Das dritte Rechtsbegehren qualificirt sich als ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung; die letztere wird in der Arrestauswirkung durch den Beklagten erblickt; allein wenn auch diese zum Zwecke der Sicherung von Forderungen aus dem Geschäftsbetriebe des Beklagten vorgenommen worden ist, so ist damit doch noch keine Beziehung des Streites zum Gewerbe des Beklagten gegeben, wie sie der § 95 des Rechtspflegegesetzes voraussetzt; denn diese Gesetzesstelle hat nicht jede, wenn auch noch so entfernte Beziehung der Streitsache zum Gewerbe des Beklagten im Auge, sondern versteht unter einem Streite, der sich auf das Gewerbe des Beklagten oder auf Handelsverhältnisse überhaupt bezieht, nur einen Prozeß, bei welchem die Klage auf ein Handelsgeschäft oder Handelsverhältniß sich gründet, das zu dem gewerbsmässig betriebenen Geschäftszweige oder zu anderweitigem Handelsverkehr desselben gehört, welche Voraussetzungen hier nicht zutreffen.

3. Nach Inhalt der Weisung hat sich der Beklagte mit der Beurtheilung des Streites durch das Handelsgericht einverstanden erklärt und es müßte derselbe deßhalb trotz des Vorgesagten an Hand behalten werden, wenn die Voraussetzungen des § 102 des Rechtspflegegesetzes zutreffen würden, allein dem ist nicht so, weil hier von einer Handelsstreitigkeit überall nicht gesprochen werden kann.

Schluss:

1. Die Klage wird wegen Inkompetenz von der Hand gewiesen.
2. Die Staatsgebühr beträgt Fr. 10.
3. Die Kosten sind dem Kläger aufgelegt.
4. Mittheilung an die Partheien.

Entscheid

des

Schweizerischen Bundesgerichtes

vom 11. September 1886

in Sachen

der *Katharina Bachmann geb. Moser* von Brigittau bei Lemberg, Galizien, wohnhaft in Hirslanden, Rekurrentin

betreffend Beschwerde über einen Beschluß der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 18. Mai 1886 *(abgedruckt in Nro. 10 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang pag. 154 u. folgd.).*

Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe.

Thatsächliches:

A. In der Ehescheidungssache der Eheleute Bachmann-Moser aus Brigittau, Oesterreich, wiesen die beiden kantonalen Instanzen die Klage von der Hand, weil der in Art. 56 des Civilstandsgesetzes geforderte Nachweis, daß das schweizerische Scheidungsurtheil im Heimatsstaate der Litiganten anerkannt werde, nicht erbracht sei, die Appellationskammer durch Entscheidung vom 18. Mai 1886 im Wesentlichen mit folgender Begründung: Nach den noch gegenwärtig geltenden Bestimmungen der Hofdecrete vom 18. Mai 1792, 18. Jenner 1799 und 15. Februar 1805 werden in Oesterreich ausländische rechtskräftige Urtheile dann vollzogen, wenn der urtheilende Richter zuständig war und der Staat, in welchem das Urtheil erlassen wurde, auch die Urtheile österreichischer Gerichte unter den nämlichen Voraussetzungen vollstrecke. Die Competenz des ausländischen Richters (welche das österreichische Gericht im Vollstreckungsverfahren frei zu prüfen habe) müsse jedenfalls zunächst nach der österreichischen Gesetzgebung gegeben sein. Nach der österreichischen allgemeinen Gerichtsordnung (§ 14) sei nun für Scheidungssachen das Gericht des letzten gemeinsamen Wohnortes der Eheleute zuständig, der letzte gemeinsame Wohnort der Eheleute Bachmann habe sich zweifellos im Kanton Zürich befunden und nach österreichischer Gesetzgebung wäre also der zürcherische Richter competent. Allein es frage sich nun, und sei keineswegs unzweifelhaft, ob der um Vollstreckung eines fremden Urtheils angegangene österreichische Richter nicht auch prüfe, ob der Prozeßrichter *nach seiner eigenen Gesetzgebung* competent gewesen sei. Sei dieß der Fall, so sei nicht unbedingt sicher, daß der österreichische Richter in casu die Competenz der zürcherischen Gerichte anerkennen würde. Das Bundesgericht habe dieselbe zwar in seiner Entscheidung vom 30. Oktober 1885 anerkannt und die Richtigkeit dieser Entscheidung solle nicht bezweifelt werden, allein ob auch der österreichische Richter die Frage im gleichen Sinne beantworten würde, sei doch nicht sicher, er könne von einer andern grundsätzlichen Auffassung der entscheidenden Frage des Domicils ausgehen oder auch die maßgebenden Thatsachen anders würdigen. Schon aus diesem Grunde sei die von Art. 56 des Civilstandsgesetzes geforderte absolute Sicherheit der Vollstreckbarkeit des Urtheils nicht gegeben; ferner wäre auch möglich, daß der österreichische Richter in ähnlicher Weise, wie dieß das Oberappellationsgericht zu Colmar in Sachen Lloyd ca. Thesmar gethan habe, die Vollstreckung deshalb verweigern würde, weil die Gegenseitigkeit der Urtheilsvollstreckung im Kanton Zürich nicht verbürgt sei. Dazu komme noch: Der schwei-

zerische Richter könne in Scheidungssachen auch mit Bezug auf Ausländer nur das schweizerische Ehescheidungsrecht anwenden, nun sei aber nicht sicher, daß Oesterreich überhaupt grundsätzlich anerkenne, daß Oesterreicher im Auslande nach dortigem Recht gültig geschieden werden können. Eine von der Klägerin producirte Note des Oberlandesgerichtes Lemberg scheine eher auf das Gegentheil hinzuweisen, denn dort werde gesagt, daß die Frage der Anerkennung eines in der Schweiz ausgefällten Scheidungsurtheils nach den §§ 4 und 33—37 des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu entscheiden sein werde, die Anwendbarkeit des § 4 müßte aber zu dem Schlusse führen, daß die Ehe eines Oesterreichers, wie sie nur nach heimatlichem Rechte gültig eingegangen, auch nur nach Maßgabe und auf Grund dieses letztern wieder gültig aufgehoben werden könne. Würde sich der österreichische Richter auf diesen letztern Standpunkt stellen, so dürfte die Verweigerung der Anerkennung des schweizerischen Scheidungsurtheils selbst dann ganz sicher sein, wenn der angewendete Scheidungsgrund zufällig mit einem in Oesterreich rechtlich ebenfalls anerkannten übereinstimmen würde. Der in Art. 56 des Civilstandsgesetzes geforderte Nachweis sei also nicht erbracht.

B. Gegen diesen Entscheid ergriff die klägerische Ehefrau den staatsrechtlichen Rekurs und führte zu dessen Begründung im Wesentlichen aus: Es könne gar keinem Zweifel unterliegen, daß, wie das Bundesgericht entschieden habe, der zürcherische Richter zuständig sei; es sei nicht verständlich, wie man behaupten könne, der österreichische Richter werde davon ausgehen, daß das schweizerische Bundesgericht das schweizerische Bundesgesetz unrichtig angewendet habe. Was die Gegenseitigkeit der Urtheilsvollstreckung anbelange, so habe bisher das zürcherische Obergericht selbst in gerichtlichen Urtheilen und allgemeinen Aussprüchen stets daran festgehalten, daß im Kanton Zürich ausländische Urtheile competenter Gerichte vollstreckt werden, es liege gar kein Grund vor, anzunehmen, daß der österreichische Richter solche Reciprocitätszusicherungen der zürcherischen Gerichtshöfe nicht anerkennen werde, wobei auch in Betracht falle, daß das österreichische Recht nicht wie die deutsche Civilprozeßordnung eine förmliche „Verbürgung" der Gegenseitigkeit verlange. Eventuell werde in dieser Richtung beantragt, es sei an den k. kaiserl. obersten Gerichtshof in Wien die Anfrage zu richten, ob nicht nach Einsichtnahme der in Act. No. 27—29 und 35 enthaltenen Aussprüche des zürcherischen Obergerichtes die österreichischen Gerichte einem Scheidungsurtheile der zürcherischen Gerichte die Vollstreckung gewähren würden. Zu bemerken sei auch, daß im Winter 1884/85 zwischen dem Bundesrathe und der österreichischen Regierung eine Erklärung ausgetauscht worden sei, daß nach den Gesetzen des Kantons Waadt und denjenigen Oesterreichs in beiden Ländern Reciprocität walte und daß daher Civilurtheile der beiden Staaten gegenseitig vollstreckbar seien, Gesetzgebung und Praxis des Kantons Waadt seien aber hinsichtlich der Reciprocität nicht anders als diejenigen des Kantons Zürich. Daß ein zürcherisches Scheidungsurtheil in Betreff österreichischer Angehöriger in Oesterreich nur anerkannt werde, wenn die Scheidung nach dem heimatlichen Rechte der Eheleute erfolgt sei, werde bestritten, wäre es übrigens auch richtig, so würde doch daraus nicht folgen, daß im vorliegenden Fall die Annerkennung des Scheidungsurtheils verweigert würde. Die Anerkennung müßte vielmehr jedenfalls dann erfolgen, wenn die Scheidung zwar nach schweizerischem Gesetze ausgesprochen würde, der angewendete Scheidungsgrund aber auch im österreichischen Rechte anerkannt sei. Dieß treffe in casu nach der Klagebegründung zu. Auch in dieser Richtung werde beantragt, es sei vom k. kaiserl. obersten Gerichtshof in Wien darüber Bericht einzuholen, daß zur Anerkennung des zürcherischen Scheidungsurtheils in Oesterreich nicht nöthig sei, daß die Scheidung auf Grundlage des österreichischen Gesetzes ausgesprochen werde, eventuell, daß es genüge, wenn nur die Scheidungsgründe auch im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch als solche zugelassen seien. Eventuell stehe nichts entgegen, daß das

Bundesgericht die zürcherischen Gerichte anweise, entweder das Scheidungsurtheil nur auf Grundlage der §§ 109 und 115 des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches zu stellen oder die Scheidung nur auf Grund solcher Thatsachen auszusprechen, welche nicht nur nach dem Bundesgesetze, sondern auch nach den §§ 109 und 115 des österreichischen Gesetzbuches zur Scheidungklage berechtigen. Demnach werde beantragt, das Bundesgericht wolle die zürcherischen Gerichte verpflichten, die Scheidungsklage an Hand zu nehmen.

C. Die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes verweist in ihrer Vernehmlaßung in der Hauptsache auf die Gründe ihres angefochtenen Erkenntnisses, indem sie beifügt: Es liege im Sinn und Geist des Art. 56 des Civilstandsgesetzes, daß es mit dem dort geforderten Nachweise strenge genommen werde, es sei dies auch allein geeignet, die Bestrebungen der Bundesbehörden, diese Verhältnisse mit dem Auslande vertraglich zu ordnen, zu fördern. Auch das Bundesgericht fordere offenbar, wie insbesondere aus seinem Entscheide Bd. X Seite 483 und 484 hervorgehe, einen durchaus stringenten Beweis. Die in verschiedenen Richtungen beantragte Actenvervollständigung werde kaum statthaft sein.

Entscheidungsgründe:

1. Wenn Rekurrentin in verschiedenen Richtungen Actenvervollständigung durch Einholung eines Berichtes des k. kaiserl. obersten Gerichtshofes in Wien verlangt, so kann hierauf nicht eingegangen werden; es wäre Sache der Parthei gewesen, ein solches Gutachten ihrerseits und zwar schon vor den kantonalen Instanzen beizubringen oder doch auf dessen Einholung anzutragen, übrigens darf wohl bezweifelt werden, daß der k. kaisers. oberste Gerichtshof einem derartigen Ansuchen um Erstattung eines Gutachtens überhaupt entsprechen würde.

2. In der Sache selbst muß der Entscheidung der kantonalen Instanzen beigepflichtet werden. Der Nachweis, daß ein von den schweizerischen Gerichten zu erlassendes Ehescheidungsurtheil im Heimatsstaat der Litiganten, in Oesterreich, anerkannt und vollstreckt werden müsse, ist nicht zu voller Evidenz erbracht und es ist somit dem Art. 56 des Civilstandsgesetzes nicht Genüge geleistet. Der Art. 56 verlangt, daß die *Gewissheit* vorliege, es werde das schweizerische Ehescheidungsurtheil im Heimatsstaate der Eheleute *als rechtskräftiges Civilurtheil ohne jede materielle Ueberprüfung* anerkannt werden. Nun scheint zunächst die von der Klägerin beigebrachte Note des Oberlandesgerichtes Lemberg, weil sie auf die §§ 4 und 33—37 des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches Bezug nimmt, darauf hinzudeuten, daß der österreichische Richter sich zum Mindesten vorbehält, zu prüfen, ob das schweizerische Gericht die dem österreichischen Recht entsprechenden Grundsätze über die örtliche Rechtsanwendung in Ehe resp. Ehescheidungssachen angewendet habe und je nach Umständen die Anerkennung des schweizerischen Urtheils entweder auszusprechen oder zu verweigern; speziell die Bezugnahme auf den § 4 des allgemeinen österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches scheint darauf hinzuweisen, daß ein schweizerisches Scheidungsurtheil über österreichische Angehörige nur dann anerkannt werde, wenn es das heimatliche Recht der Partheien zur Anwendung bringe. Die fragliche Note des Oberlandesgerichtes zu Lemberg beweist also nicht nur nichts dafür, daß das schweizerische Scheidungsurtheil in Oesterreich *als solches*, d. h. als der materiellen Ueberprüfung in jeder Richtung entzogenes, rechtskräftiges Urtheil anerkannt werde, sondern spricht gerade für das Gegentheil, zumal, wie das Bundesgericht bereits wiederholt ausgesprochen hat, der schweizerische Richter auch auf Ausländerehen nur das schweizerische Ehescheidungsrecht anwenden kann. Was sodann die von der Rekurrentin angerufenen allgemeinen Bestimmungen der österreichischen Gesetzgebung über die Vollstreckung fremder Civilurtheile anbelangt, so ist vorerst nicht unzweifelhaft, ob dieselben auf Ehescheidungsurtheile überhaupt ohne Weiters bezogen werden können, oder ob nicht vielmehr für diese, wegen ihrer öffentlich rechtlichen Bedeutung besondere Grundsätze gelten. Irgend ein Beweis, daß

diese Bestimmungen in der Iudicatur auch auf fremde *Ehe*scheidungsurtheile angewendet worden wären, ist nicht beigebracht worden. Sodann aber ist, wie die Vorinstanz ganz richtig ausführt und Rekurrentin nicht widerlegt hat, überhaupt nicht mit vollkommener Sicherheit dargethan, daß der österreichische Richter die Voraussetzungen, an welche die österreichische Gesetzgebung die Vollstreckbarkeit fremder Urtheile knüpft, in casu als hergestellt betrachten müsse. Es ist vielmehr mit dem Vorderrichter anzuerkennen, daß der österreichische Richer beispielsweise das Vorhandensein des Requisites der Gegenseitigkeit der Urtheilsvollstreckung im Kanton Zürich verneinen könnte. Der in Art. 56 des Civilstandsgesetzes geforderte Nachweis der Vollstreckbarkeit des schweizerischen Scheidungsurtheils ist also nicht erbracht.

Schluss:

Die Beschwerde ist als unbegründet abgewiesen.

Die Tradition bei Veräusserungen unter Ehegatten.

(Art. 202 des schweiz. O.-R.)
Obergericht Zürich, Appellationskammer,
18. September 1886
in Sachen
Fehlmann ca. *Senn*.

Ein C. Fehlmann-Pflüger, gebürtig von Bottenwyl, Ct. Aargau, wurde im Jahre 1879, als er in Zell, Großherzogthum Baden, niedergelassen war, von den Geschwistern Senn in Zofingen vor dem großherzoglich badischen Amtsgericht Freiburg auf Bezahlung einer bedeutenden Summe belangt. Der Prozeß dauerte sehr lange, im Januar 1883 scheint eine Bücherexpertise stattgefunden zu haben, im Februar 1885 erfolgte ein Beweisdecret und endlich am 26. November gleichen Jahres das Urtheil. Dieses geht dahin, es sei Fehlmann schuldig, den Klägern 16000 Mark nebst Zinsen à 5 % seit 1. Januar 1877 zu bezahlen. Da Zahlung nicht erfolgte, erhoben die Geschwister Senn am 9. Januar 1886 gegen Fehlmann, der schon seit dem Jahre 1884 in Fluntern (Ct. Zürich) wohnte, den Rechtstrieb. Am 2. März 1886 kam es zur Pfändung, es wurden 160 Stück hausräthliche Gegenstände eingepfändet, jedoch von der Ehefrau des Schuldners als Eigenthum angesprochen. Die Gläubiger bestritten diese Ansprache und es kam zum Vindikationsprozeß, in welchem die Vindikantin, Frau Fehlmann, zur Begründung ihrer Ansprache auf folgende, *urkundlich* festgestellte Vorgänge abstellte:

I. Am 18. Oktober 1884 sind die Eheleute Fehlmann, welche schon damals in Fluntern wohnten, vor ihrem heimatlichen Gemeindrath, Bottenwyl (Ct. Aargau) erschienen, und es hat die Ehefrau das Begehren gestellt, daß ihr Mann angehalten werde, ihr die privilegirte Hälfte des eingekehrten Frauengutes entweder zu versichern oder herauszugeben, indem der größere Theil ihres eingekehrten Vermögens schon verloren gegangen und der Rest desselben auch noch mit Verlust bedroht sei.

II. Der Gemeindrath trat auf die Sache ein und schritt zunächst zur Ausmittlung des von der Frau Fehlmann ihrem Manne zugebrachten Weibergutes. Das darüber erhobene Protokoll, genannt: „Frauengutsausmittlungsprotokoll" sagt Folgendes:

„Frau Fehlmann hat ihrem Manne folgendes Vermögen eingekehrt:

1) Laut vorliegender Theilungsurkunde vom 25. Juli 1867 über das Vermögen des am 17. Oktober 1866 sel. verstorbenen Vaters Joh. Friedrich Pflüger, alt Ochsenwirths in Steinen einen Erbtheil von 15,398 fl. 25 Kr. oder à 2 Fr. 15 gleich 33,160 Fr. 60 Rp.
2) Laut vorliegendem Theilzeddel datirt d. 13. März 1879 über das hinterlassene Vermögen der am 22. April 1876 verstorbenen Mutter Wittwe Elisabetha Pflüger geb. Brunner von Steinen einen Erbtheil von 13,407 Mark 29 Pf. à 1 Fr. 25 Rp. gleich 16,759 Fr. 11 Rp., zusammen 49,865 Fr. 71 Rp. Fehlmann anerkennt, dieses Frauengut erhalten zu haben.

III. Der Angesprochene antwortete, daß er für das erhaltene Frauengut keine Sicher-

heit leisten könne, weil er weder Grundeigenthum noch grundpfändlich versicherte Schuldtitel besitze und sein Vermögen nur noch in Mobiliar bestehe.

IV. Daraufhin beschloß der Gemeindrath Bottenwyl unter Berufung auf den § 19 der regierungsräthlichen Verordnung betreffend Vollziehung der Vorschriften des Personenrechts über Sicherung des Frauenguts, es sei dem Bezirksgericht Zofingen Anzeige zu machen, damit dasselbe den Fehlmann zur Sicherstellung, eventuell Herausgabe der Hälfte des Frauenguts nach gesetzlicher Vorschrift verhalte.

V. Am 12. November 1884 erfolgte die Schlußnahme des Bezirksgerichtes Zofingen. Dieselbe lautet nach Anführung der thatsächlichen Verhältnisse: „Hiernach wird gestützt „auf das Gesetz und namentlich auf § 20 „der regierungsräthlichen Verordnung vom „21. Dezember 1847, Absatz 2, da Fehlmann „erklärt hat, Sicherheit nicht leisten zu kön„nen, mithin Absatz 2 des § 20 zur An„wendung kommt,

beschlossen:

„Fehlmann sei schuldig erklärt, seiner Frau „die Hälfte des von dieser eingekehrten Gu„tes mit Fr. 24,932. 85. herauszugeben."

„Fehlmann wird aufgefordert, diese Heraus„gabe an seine Frau innert 14 Tagen auf „freiwilligem Wege zu vollziehen, widrigen„falls dieselbe auf rechtlichem Wege voll„zogen werden wird."

VI. Unter Berufung auf diesen bezirksgerichtlichen Beschluß ist sodann am *10. Dez. 1884* in Fluntern und zwar im Beisein des Gemeindrathsschreibers Joh. Dättwyler von Bottenwyl als Abgeordneter des dortigen Gemeindrathes zwischen den Eheleuten Fehlmann folgende von ihnen unterzeichnete „Frauengutsherausgabe" betitelte Uebereinkunft zu Stande gekommen.

1) „Fehlmann übergibt hiemit seiner Frau „gestützt auf den vorstehenden Beschluß an „Zahlungsstatt und auf Rechnung der Hälfte „des von dieser eingekehrten Frauengutes im „Betrage von 24,932 Fr. 85 folgende Mobi„liargegenstände: (Nun werden die einzelnen hausräthlichen und andere Gegenstände im Detail mit Angabe des Schätzungswerthes aufgeführt. Dabei ergibt sich eine Gesammtschätzungs- bez. Kaufsumme von 10,329 Fr. 40 Rp.)

2) „Frau Fehlmann übernimmt obiges Mo„biliar in angegebener Weise und im Sinne „der gesetzlichen Bestimmungen und behält „sich dabei ihre weitern Forderungsrechte „für eingekehrtes Frauengut vor."

Diese Urkunde bildet den direkten Titel, auf den Frau Fehlmann ihre Eigenthumsansprache stützte. Beklagterseits wurde eingewendet, daß der hier beurkundete Kauf auf Fiktion beruhe weil Klägerin, ihrem Ehemann in Wirklichkeit kein Weibergut zugebracht habe, eventuell sei der ausgesprochene Kaufswille ein simulirter, weil die wirkliche Absicht nur auf *Deckung* der Weibergutsforderung und zwar durch Pfandbestellung gegangen sei, ein gültiges Pfandrecht aber Mangels Beobachtung der erforderlichen Formalitäten nicht entstanden sei. Ferner wurde die Eigenthumsansprache bestritten, weil es an der Tradition fehle und weil, wenn eine solche im Sinne von Art. 202 des O.-R. (constitutum possessorium) angenommen werden wollte, dieselbe den Beklagten gegenüber unwirksam sei, weil es sich bei dieser Eigenthumsabtretung lediglich darum gehandelt habe, ihnen alle und jede Deckungsobjekte für ihre Forderung zu entziehen. Schließlich wurde die Identität der gepfändeten mit den im Kaufvertrag vom 10. Dezember 1884 enthaltenen Gegenständen bestritten.

Das Bezirksgericht verwarf die Eigenthumsansprache, weil der Wille der Eheleute Fehlmann von Anfang an nicht auf ein eigentliches Kaufsgeschäft, sondern nur darauf gegangen sei, der Klägerin Deckung für einen Theil ihrer Weibergutsforderung zu verschaffen (Simulation) und weil überdem weder eine körperliche, noch symbolische Tradition vorliege, eine solche durch constitutum possessorium aber keine Wirkung habe, weil mit dem Kaufsgeschäft eine Benachtheiligung der Beklagten beabsichtigt worden sei.

Die zweite Instanz war anderer Ansicht, sie verwarf die Einreden der Fiction, Simulation und mangelnden Tradition, hob das erstinstanzliche Urtheil auf und wies den

Fall an das Bezirksgericht zurück mit der Auflage, der Klägerin den anerbotenen Identitätsbeweis abzunehmen und sodann ein neues Urtheil auszufällen. *Dieser Entscheid stützt sich*, **was die Traditionsfrage betrifft,** *auf folgende*

Gründe:

Darauf, daß im vorliegenden Falle eine körperliche oder auch nur symbolische Uebergabe nicht stattgefunden hat, kann für die Gültigkeit des Kaufes nichts ankommen, weil hier offenbar die Voraussetzungen des sogenannten constitutum possessorium vorliegen, welche den Mangel der Tradition zu ersetzen geeignet sind. Der Art. 202 des O.-R. läßt das Eigenthum auch ohne Besitzeswechsel übergehen, wenn der Wille der Contrahenten auf den Eigenthumsübergang gerichtet ist und der Veräußerer kraft eines besondern Rechtsverhältnißes im Besitze der Kaufsobjekte verbleibt. Das erste Requisit ist, wie bereits ausgeführt, vorhanden, das Rechtsverhältniß aber, welches die Fortdauer des Besitzes in der Person des Verkäufers begründet, liegt in der Stellung, welche diesem in seiner Qualität als Verwalter des Vermögens der Klägerin mit Rücksicht auf die Kaufsobjekte zukommt. Es ist klar, daß wenn der Gesetzgeber nicht von vornherein derartige Rechtsgeschäfte zwischen Ehegatten so zu sagen unmöglich machen wollte, und dafür liegt nichts vor, dieselben jeweilen aus dem Gesichtspunkte des Art. 202 zu prüfen sind, denn regelmäßig gestalten sich die Verhältnisse hier eben so, daß eine Uebergabe im Sinne des Art. 200 entweder nicht zu bewerkstelligen oder nicht zu beweisen sein wird.

Nun kommt aber im Weitern in Frage, ob nicht die Besitzesübertragung im vorliegenden Fall deßhalb unwirksam sei, weil dieselbe der Absicht, die Beklagten mit ihrer Forderung zu Verlust zu bringen, entsprungen sei (Art. 202 *Absatz* 2). In dieser Beziehung soll der Richter allerdings nach freiem Ermessen urteilen dürfen, allein es ist klar und bedarf keiner weitern Ausführung, daß dieses Ermessen nicht in Willkühr auszuarten hat, sondern die Rescission eines solchen, sonst gültigen Rechtsgeschäftes nur erfolgen kann, wenn genügende und schlüssige Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß demselben ausschließlich oder doch wesentlich eine fraudulöse Absicht zu Grunde gelegen habe. Diese Voraussetzung liegt hier entschieden nicht vor. Einmal ist aus den Akten klar ersichtlich, daß die unmittelbare Veranlassung zu dem Kaufe darin lag, daß die Klägerin von dem ihr gesetzlich zustehenden Rechte, Sicherstellung zu verlangen, Gebrauch machte. Es ist daher zunächst davon auszugehen, daß die Veräußerung der Fahrhaben auf Seiten des Verkäufers kein Akt der Freiwilligkeit war, insbesondere dann nicht, wenn dabei, wie aus der Urkunde selbst hervorgeht und weiter zum Beweise verstellt ist, die heimatliche Vormundschaftsbehörde mitgewirkt hat; dem Veräußerer kann daher auch nicht der Wille, dritte Gläubiger zu schädigen, imputirt werden. Angenommen aber auch, derselbe sei mit den dießfälligen Schritten seiner Ehefrau einverstanden gewesen, so wäre doch nicht ohne weiteres anzunehmen, es sei dieß Alles nur deßhalb geschehen, um allfällig zukünftige Pfändungen unwirksam zu machen. Hätte diese Absicht vorgelegen, so wäre es wohl ein Leichtes gewesen, sei es auf dem Weg der Betreibung und nachherigen Versilberung, sei es durch Insolvenzerklärung, zu bewirken, daß die Beklagten, welche damals noch gar keine liquide Forderung besessen haben, nichts erhalten. Eine Benachtheiligung der Beklagten ist aber auch deßhalb kaum beabsichtigt worden, weil zur Zeit des Kaufsabschlusses ihr Forderungsanspruch ein bestrittener war und der Ausgang jenes Prozesses keineswegs mit Nothwendigkeit zu der Annahme führt, daß die Eheleute Fehlmann schon in jenem Zeitpunkt die Nutzlosigkeit ihrer Bestreitung haben einsehen können. Unter allen Umständen liegen die Verhältnisse so, — und das ist wohl bei Beurtheilung der angeblich fraudulösen Absicht das entscheidende Kriterium, — daß im Dezbr. 1884 keinerlei Gefahr mit Beziehung auf das Eigenthum an der Fahrhabe drohte, da nichts dafür vorliegt, und nicht einmal behauptet wird, daß damals von irgend einer Seite Rechtstrieb eingeleitet worden sei, oder

auch nur bevorgestanden habe. *Der Gesetzgeber hat mit der die Rescission eines Kaufes rechtfertigenden Benachtheiligung von Gläubigern wohl nur die Fälle im Auge, wo Jemand unter Anwendung ausserordentlicher Mittel es dazu bringt, andern Forderungen, die ein gleiches oder besseres Anrecht auf Befriedigung haben, zuvorzukommen.*

Die Braut, welche ihren Bräutigam erst nach erfolgter Concurseröffnung über denselben heirathet, kann das Weibergutsprivilegium für die ihr schon vorher an den Cridaren zugestandene Forderung nicht geltend machen.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 9. Oktober 1886 in S. Lips ca. Weil.)

Am 22. März d. J. wurde über Jacob Lips in Schlieren Konkurs eröffnet. Kurz darauf, noch während des Laufes der Eingabefrist in den Konkurs, nämlich am *1. April* feierte Lips seine Hochzeit mit der Maria geb. Höltschi in Schlieren und die junge Frau beeilte sich, noch vor Ablauf der Eingabefrist im Konkurse ihres Mannes eine Forderung von 700 Fr. anzumelden und, — was natürlich die Hauptsache war, — dafür das Weibergutsprivilegium anzusprechen. Die Ansprache dieses Vorzugsrechtes wurde indessen bestritten und auch sowohl vom Konkursrichter als von der Appellationskammer des Obergerichtes verworfen, von der letztern

aus folgenden Gründen:

1. Es ist davon auszugehen, daß die Rekurrentin dem Cridaren die 700 Fr. schon im November 1885, jedenfalls aber vor Konkursausbruch übergeben habe, ferner ist ihrem Vertreter zuzugeben, daß eine Forderung der Braut an den Bräutigam mit, aber auch erst mit dem Momente des Eheabschlusses zur Weibergutsforderung wird, woraus folgt, daß die Rekurrentin beim Konkursausbruch eine gewöhnliche laufende Forderung an den Cridaren besaß. Durch die nachträgliche Verehlichung hat sie aber ein Vorzugsrecht im pendenten Konkurse nicht erwerben können.

2. Das der Ehefrau für ihre Weibergutsforderung zustehende Privilegium findet seine Begründung darin, daß sie gezwungen ist, ihr Vermögen dem Ehemann zur Verwaltung und Nutznießung zu überlassen. Das ist aber gerade bei der Verehlichung mit einem Cridaren nicht der Fall, da dieser während der Dauer des Konkurses die Vormundschaft über seine Ehefrau und damit auch die Verwaltung und den Nießbbrauch ihres Vermögens nicht hat (§ 162 des P.-R. G.-B. und § 47 des Konkursgesetzes), letzteres somit ohne ihren Willen nicht gefährdet wird. Die Rekurrentin hat aber ihre Ersparnisse dem Cridaren nicht in Folge der Eheschließung und daher gezwungen, sondern freiwillig anvertraut, möglicherweise allerdings im Hinblick auf die bevorstehende Verehlichung. Es trifft also dasjenige, was den Gesetzgeber veranlaßt hat, der Weibergutsforderung ein Vorzugsrecht einzuräumen, hier überall nicht zu.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Dezember 1886. V. Band. № 22.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Schweizerichen Bundesgerichtes
vom 8. Oktober 1886
in Sachen
der *Spar- und Leihkasse Zurzach,* Klägerin und Rekurrentin
gegen
Christian Dölker in *Zürich,* Beklagten und Rekursgegner.

Streit über die Frage des Untergangs einer grundversicherten Forderung durch Novation mit Veränderung des Schuldners.

Die Vertretungsbefugniß des Kassiers einer Spar- und Leihkasse. Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter?

Der Vorbehalt des kantonalen Rechts über grundversicherte Forderungen laut Art. *130* des O.-R. bezieht sich nicht nur auf speziell *bloss die Erlöschung grundversicherter Forderungen* betreffende kantonale Gesetzesbestimmungen, sondern auf das *gesammte,* für das Erlöschen solcher Forderungen bisher maßgebende, *allgemeine und spezielle Recht.*

Thatsächliches:

A. Die Spar- und Leihkasse Zurzach erwarb am 28. August 1880 von alt Notar Klinger in Winterthur einen vom 8. März 1877 datirten Schuldbrief über 11,000 Fr., der auf den Beklagten, Christian Dölker in Zürich als Schuldner lautet. Dölker verkaufte später das verpfändete Haus an einen Dritten, J. Balluf, die notarialische Fertigung fand am 28. Februar 1883 statt. J. Balluf bezahlte am 5. März 1883, — unter welchen nähern Umständen ist nicht festgestellt, — der Spar- und Leihkasse Zurzach den am 2. Februar 1883 verfallenen Zins des Schuldbriefkapitals mit 550 Fr. und erhielt vom Kassier derselben eine auf seinen (des Balluf) Namen lautende Quittung; erst nachher, am 20. März 1883 erhielt die Spar- und Leihkasse Zurzach vom Notariat der Stadt Zürich die amtliche „Ueberbundsanzeige", d. h. die Anzeige, daß in Folge stattgefundenen Kaufes die ihr bisher an Christian Dölker zugestandene Schuldbriefforderung dem J. Balluf überbunden worden sei und daß dem Gläubiger nun nach § 816 des privatrechtl. Gesetzbuches frei stehe, entweder sich noch an den bemerkten Schuldner zu halten oder den neuen anzuerkennen, in der Meinung jedoch, dass wenn der Gläubiger sich noch ferner an

den alten Schuldner halten wolle, er seine ganze Forderung binnen 2 Jahren, vom ersten offenen Termin an, einzuziehen habe, widrigenfalls der frühere Schuldner frei würde und der Gläubiger sich nur noch an den neuen halten könnte. Auf diese Anzeige hin zog die Spar- und Leihkasse Zurzach bei ihrem Cedenten Informationen über die Stellung des Schuldübernehmers Balluf ein; da diese ungünstig lauteten, so beschloß die Direktion der Spar- und Leihkasse Zurzach, sich an den alten Schuldner Dölker zu halten, wovon sie indeß weder diesem noch dem Uebernehmer Balluf Mittheilung machte. Dagegen wurde allerdings die Quittung für den am 2. Februar 1884 verfallenen Zins, welcher wieder von J. Balluf bezahlt wurde, auf den Namen des Beklagten Dölker ausgestellt. J. Balluf fiel später in Konkurs, wobei der Schuldbrief der Spar- und Leihkasse Zurzach in Kapital und Zinsen gänzlich ungedeckt blieb. Die Spar- und Leihkasse Zurzach klagte daraufhin gegen Christian Dölker auf Anerkennung seiner Zahlungspflicht für das Schuldbriefkapital nebst Zins à 4 % seit 2. Februar 1884 und auf sofortige Bezahlung der verfallenen Zinsrate sammt Kosten. Der Beklagte wendete ein, daß die Klägerin ihn dadurch, daß sie von dem Schuldübernehmer Balluf eine Zinszahlung vorbehaltlos annahm, der Schuldpflicht entlassen habe, worauf die Klägerin erwiderte, daß in der Annahme einer Zinszahlung des Schuldübernehmers eine Entlassung des frühern Schuldners (eine Novation) nicht liege und daß übrigens ihr Kassier, welcher diese Zahlung entgegengenommen habe, zur Genehmigung einer Schuldübernahme gar nicht befugt gewesen wäre.

B. Die beiden kantonalen Instanzen (Bezirksgericht Zürich und Appellationskammer des Obergerichtes) haben zu Gunsten des Beklagten entschieden, die zweite Instanz durch Urtheil vom 18. Mai 1886 *(siehe No. 13 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang pag. 204 u. folg.)* im Wesentlichen mit folgender Begründung: Nach den §§ 815 und 816 des privatrechtlichen Gesetzbuches sei bei eigentlichen Schuldbriefen ein neuer Erwerber des Unterpfandes verpflichtet, die Schuld zu übernehmen; der Gläubiger habe das Recht, sich an den alten Schuldner zu halten, müsse dann aber seine Forderung innert zwei Jahren vom ersten Kündigungstermin an einziehen, widrigenfalls der alte Schuldner von Rechts wegen frei werde. Ob in einem bestimmten anderweitigen Verhalten des Gläubigers die Annahme des neuen Erwerbers an Stelle des alten Schuldners zu erblicken sei, darüber bestimme das Sachenrecht nichts, hinsichtlich dieser Frage bleiben also die Rechtssätze in Kraft, die sich aus der Natur des Anspruches als Forderung ergeben. Die Annahme eines neuen Schuldners mit Entlassung des alten sei nach Art. 142 Zif. 2 des O.-R. als Novation zu beurtheilen und nach Art. 143 müsse sich der Novationswille aus dem Geschäfte klar ergeben und dürfe nicht vermuthet werden. Es frage sich zunächst, ob der Kassier der Klägerin, R. Attenhofer, zur Schuldentlassung und Novation legitimirt gewesen, seine Willenserklärung also der Klägerin zuzurechnen sei. Entscheidend hiefür sei einzig die rechtliche Stellung der klägerischen Organe nach außen hin, im Verkehr mit gutgläubigen Dritten, denn daß der Beklagte bei Annahme der von ihm behaupteten Novation nicht gutgläubig gewesen, sei weder behauptet, noch sonst aus den Akten ersichtlich. Es sei nun anzunehmen, daß der Kassier Prokurist der Klägerin sei, denn § 42 der Statuten der klägerischen Anstalt (einer Genossenschaft) bestimme, der Kassier sei der „verantwortliche Geschäftsführer" derselben und führe, „wo vom Verwaltungsrath nichts Anderes bestimmt sei", die für selbe verbindliche Unterschrift; auch aus der Publikation im Handelsregister scheine sich zu ergeben, daß der Kassier die Prokura besitze. Nun gehöre aber der Abschluß von Schulderneuerungsverträgen gewiß zu denjenigen Handlungen, welche der Zweck des Geschäftes der Klägerin (einer Spar- und Leihkasse, die wesentlich Darlehensgeschäfte betreibe) mit sich bringen könne, er falle also in den Umfang der gesetzlichen Vollmacht des Prokuristen nach Art. 428 des O.-R. Allein, auch wenn angenommen würde, der Kassier besitze nicht die Prokura, so müßte doch die gleiche Entscheidung Platz greifen, denn der Kassier sei jedenfalls Handlungsbevollmächtigter im Sinne von Art. 426 des O.-R. und gelte als solcher zu allen rechtlichen

Handlungen bevollmächtigt, welche der Betrieb eines Gewerbes der betreffenden Art oder die Ausführung von Geschäften der betreffenden Art gewöhnlich mit sich bringe, dazu gehöre aber bei dem klägerischen Gewerbe auch der Abschluß von Schulderneuerungsverträgen. Die Handlungen ihres Kassiers betreffend Schuldentlassung seien also für die Klägerin verbindlich und es müsse sich somit fragen, ob in der Ausstellung der Zinsquittung vom 5. März 1883 an den Schuldübernehmer Balluf die Genehmigung desselben und somit die Entlassung des alten Schuldners liege. Für die rechtliche Bedeutung dieser Handlung sei es gleichgültig, daß dieselbe vor dem Empfange der Ueberbundsanzeige geschehen sei. Die Auffassung, daß der Gläubiger erst nach Empfang dieser Anzeige im Stande sei, dem neuen Pfanderwerber Erklärungen über das ganze Forderungsverhältniß abzugeben, finde im Gesetze (§ 815 u. folg.) keinen Anhalt. Nun sei anzunehmen, daß dem Kassier entweder vor der Zinszahlung vom 5. März 1883 oder gleichzeitig mit derselben Mittheilung vom Erwerbe des Pfandes durch Balluf gemacht worden sei, andernfalls wäre die Quittung jedenfalls nicht schlechthin auf den Namen Balluf ausgestellt worden. Es sei demnach die Annahme gerechtfertigt, die Quittung sei mit dem Bewußtsein ausgestellt worden, daß Balluf der neue Pfandeigenthümer und als solcher gesetzlich zur Uebernahme der Schuld verpflichtet sei. Da nun die Zinszahlung in der Regel von Niemand Anderm als vom Schuldner geschehe, so müsse der Gläubiger in der Zinszahlung durch den neuen Pfandeigenthümer eine Bethätigung desselben finden, welche zeige, daß er der Meinung sei, er werde als Schuldner angenommen. Dieser Schluß liege so nahe, daß der Gläubiger, wenn er zwar wohl den Zins, aber nicht den Zahlenden als Schuldner entgegennehmen wolle, dieß offenbar erklären müsse, damit sein Stillschweigen nicht als Zustimmung gedeutet werde. Eine vorbehaltslose Quittung dürfe gemäß der Natur der Sache der Regel nach als Schulderneuerung betrachtet werden. Diese Auffassung erweise sich namentlich auch als richtig Angesichts des beim Schuldbriefverkehr hervortretenden Bedürfnisses nach klarer und möglichst einfacher Gestaltung der Verhältnisse; sie stimme zudem mit einem Präjudicate der Civilabtheilung des Obergerichtes vom 21. Mai 1842 (Ullmers Commentar No. 1211) überein und entspreche der in den maßgebenden zürcherischen Verkehrskreisen herrschenden Auffassung. Da bei dieser Interpretation die Verhältnisse des zürcherischen Rechts wesentlich in Berücksichtigung gezogen werden, so könnte derselben entgegengehalten werden, daß diese Verhältnisse den Organen der klägerischen Anstalt als einer außerkantonalen nicht hinlänglich bekannt seien. Allein die Angestellten des klägerischen Geldinstitutes, das ganz in der Nähe des Kts. Zürich etablirt sei und notorischer Weise in beständigem Geschäftsverkehr mit zürcherischen Hypothekarschuldnern stehe, seien, wenn auch nicht rechtlich, so doch factisch censirt, die zürcherische Gesetzgebung in dieser Richtung genau zu kennen, weil diese Kenntniß zur Grundlage ihres bezüglichen Gewerbebetriebes gehöre.

C. Gegen das Urtheil der Appellationskammer erklärte Klägerin den Weiterzug ans Bundesgericht und es stellte heute ihr Vertreter den Antrag, es sei zu erkennen, der Beklagte sei schuldig, die eingeklagte Summe zu bezahlen unter Kostenfolge. Eventuell, für den Fall, als das Bundesgericht finden sollte, es sei in der Hauptsache nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht anwendbar, sei das angefochtene Urtheil aufzuheben und die Sache zu neuer Beurtheilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Beklagte stellte den Antrag: Der klägerischen Weiterziehung sei wegen Incompetenz des Gerichtes keine Folge zu geben, eventuell die klägerische Beschwerde sei als unbegründet abzuweisen und somit das angefochtene Urtheil in allen Theilen zu bestätigen. Eventuallissime, das Bundesgericht möchte eine Aktenvervollständigung zur Abnahme der beklagterseits in 2ter Instanz anerbotenen Beweise anordnen, Alles unter Kostenfolge.

Entscheidungsgründe:

1. Die Competenz des Bundesgerichtes wird aus dem Grunde bestritten, weil auf das

streitige Rechtsverhältniß nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht anzuwenden sei. Diese Auffassung ist nun jedenfalls insoweit unbegründet, als in Frage steht, ob der Kassier des klägerischen Geldinstituts die Schuldübernahme durch den Pfanderwerber Balluf in einer dasselbe verbindlichen Weise habe genehmigen und damit den alten Schuldner habe befreien können. Denn in dieser Richtung ist doch unzweifelhaft eidgenössisches Recht anwendbar, da es sich dabei um die gesetzliche Vertretungsbefugniß eines Angestellten des klägerischen Bankinstituts handelt und diese Frage unstreitig nach den Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechts sich richtet. Insoweit ist also auf die materielle Prüfung der Beschwerde einzutreten.

2. In dieser Richtung ist aber die Beschwerde unbegründet. Zwar ist es zweifelhaft, ob der Kassier R. Attenhofer, wie die Vorinstanz in I. Linie annimmt, Prokurist des klägerischen Instituts sei, denn es ergibt sich aus den Statuten der Spar- und Leihkasse Zurzach nicht, daß der Kassier, wie dieß Art. 422 des O.-R. fordert, ermächtigt war, „per procura die Firma zu zeichnen“ und auch der Eintrag im Handelsregister sagt (nach der Publikation im Handelsamtsblatt vom 21. März 1883) nur, daß *im gewöhnlichen Geschäftsverkehr* die verbindliche Unterschrift für die Klägerin führe: „der Präsident der Direktion .... ferner der Kassier und in dessen Abwesenheit und Verhinderung der Buchhalter per procura“ (vergleiche § 8 des Reglements der Klägerin vom 2. Oktober 1872, worin die Form der Unterschrift des Kassiers und Buchhalters dahin festgestellt ist, daß *nur der letztere* p. pa. zu zeichnen hat. Dagegen ist der Vorinstanz darin ohne Weiteres beizutreten, daß der Kassier in seiner Eigenschaft als „verantwortlicher Geschäftsführer“ der Klägerin, der für dieselbe „im gewöhnlichen Geschäftsverkehr“ die verbindliche Unterschrift führt, — als handlungsbevollmächtigt gilt, alle zum gewöhnlichen Betriebe des klägerischen Geschäfts gehörigen Rechtshandlungen in für die Klägerin verbindlicher Weise vorzunehmen. Es ist ferner mit der Vorinstanz anzunehmen, daß zum gewöhnlichen Betriebe eines Bankgeschäftes von der Art des klägerischen auch der Abschluß von Schulderneuerungsverträgen gehört, so daß der Kassier nach dem für den Umfang seiner Vollmacht 3ten gegenüber einzig maßgebenden Eintrage im Handelsregister als zu deren Abschluß bevollmächtigt gilt, mag er auch immerhin nach den für den innern Geschäftsverkehr der Anstalt maßgebenden reglementarischen Bestimmungen an die vorherige Einholung eines Beschlusses der Direktion gebunden sein. Hievon könnte nur dann abgegangen werden, wenn dem Beklagten der Einwand der Arglist entgegenstände, wovon aber nach dem vorinstanzlichem Thatbestande keine Rede sein kann.

3. Die Entscheidung hängt somit davon ab, ob in der vorbehaltslosen Annahme einer Zinszahlung eine Genehmigung der Schuldübernahme resp. eine Entlassung des alten Schuldners durch den Gläubiger liege. Das Bundesgericht ist nun aber nicht competent, die kantonale Entscheidung in dieser Richtung zu überprüfen, denn die Frage ist nicht nach eidgenössischem, sondern nach kantonalem Recht zu beurtheilen. Dieß folgt aus Art. 130 des O.-R. Art. 130 ibid. bestimmt, daß gegenüber den Bestimmungen dieses Titels die besonderen Vorschriften über Wechsel-Ordre- und Inhaberpapiere *sowie das Recht über grundversicherte Forderungen* vorbehalten bleibe. Diese Bestimmungen des III. Titels des Obligationenrechts, welche vom Erlöschen der Obligationen, insbesondere von der Compensation, von der Aufhebung (Novation) und Vereinigung, von der Unmöglichkeit der Erfüllung und von der Verjährung handeln, lassen also „das Recht über grundversicherte Forderungen“ d. h. das seitherige hierüber geltende kantonale Recht unverändert bestehen; Vorbehalten werden nicht nur, wie bezüglich der Wechsel-Ordre- und Inhaberpapiere „die besondern“ darüber bestehenden Bestimmungen, sondern vorbehalten wird das *gesammte*, das Erlöschen grundversicherter Forderungen betreffende kantonale Recht. Schon aus dem Wortlaut des Gesetzes muß also gefolgert werden, daß die das Erlöschen der Obligationen betreffenden Bestimmungen

des Obligationenrechtes als solche, d. h. als Normen des eidgenössischen Rechts auf grundversicherte Forderungen überhaupt keine Anwendung finden, daß vielmehr das Erlöschen grundversicherter Forderungen durchaus der Normirung durch das kantonale Recht anheimgegeben ist. Hiefür spricht auch das regelmäßige Verhältniß des eidgenössischen Obligationenrechtes zum kantonalen Recht. Das Obligationenrecht enthält, sofern nicht ganz unzweideutig etwas Anderes bestimmt ist (wie beispielsweise im Art. 896), absolut und nicht nur subsidiär gemeines Recht für die ganze Eidgenossenschaft; soweit inhaltlich sein Geltungsgebiet reicht, gilt es unbedingt und nicht nur dann, wenn die kantonale Gesetzgebung keine oder keine besondern Bestimmungen enthält; die kantonale Gesetzgebung kann das Gebiet seiner Wirksamkeit weder ausdehnen noch einschränken. Es ist daher in der Regel nicht anzunehmen, daß die Anwendbarkeit von Bestimmungen des Obligationenrechtes auf gewisse Materien vom Bestehen oder Nichtbestehen kantonalgesetzlicher Spezialbestimmungen über dieselben abhänge und daher je nach dem Stande der einzelnen kantonalen Gesetzgebungen für den einen Kanton zu bejahen, für den andern zu verneinen sei. Wenn daher Art. 130 das kantonale Recht bezüglich des Erlöschens hypothekarisch versicherter Forderungen vorbehält, so bezieht sich dieß nicht nur auf speziell, *bloss die Erlöschung grundversicherter Forderungen* betreffende kantonale Gesetzesbestimmungen, sondern auf *das gesammte,* für das Erlöschen solcher Forderungen bisher maßgebende, *allgemeine und spezielle kantonale Recht.* Hiefür spricht denn auch bei dem innern Zusammenhang und der wechselseitigen Bedingtheit der allgemeinen und speziellen Gesetzesbestimmungen die Natur der Sache. (Vergleiche Entscheidung des Bundesgerichtes i. S. Chancy ca. Gendre vom 10. Juli 1886.) Daraus, daß in Art. 146 Absatz 3 des O.-R. noch speziell bestimmt wird, die Verjährung grundversicherter Forderungen und anderer Ansprüche, die das kantonale Recht regle, unterliege den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht, kann ein Schluß gegen die hier vertretene Auslegung des Art. 130 nicht gezogen werden. Art. 146, Absatz 3 enthält vielmehr, soweit er von grundversicherten Forderungen spricht, einfach eine Einzelanwendung des allgemeinen Grundsatzes des Art. 130 auf einen speziellen Erlöschungsgrund. Nun handelt es sich in casu darum, ob der Beklagte von einer hypothekarischen Forderung in Folge privater, vom Gläubiger genehmigter Schuldübernahme durch einen Dritten befreit sei, beziehungsweise ob diese Forderung dem Beklagten gegenüber durch Neuerung untergegangen sei, also um eine Frage des Erlöschens einer grundversicherten Forderung. Das Bundesgericht ist daher, da nach dem Bemerkten nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht dafür maßgebeud ist, nicht competent.

4. Fraglich könnte nur noch sein, ob nicht gemäß dem eventuellen Antrage der Klägerin die vorinstanzliche Entscheidung aufzuheben und die Sache zu erneuerter Beurtheilung an den Vorderrichter deßhalb zurückzuweisen sei, weil dieser zu Unrecht, in Verletzung des Art. 130 des O.-R. eidgenössisches und nicht kantonales Recht angewendet habe. Allein auch diese Frage ist zu verneinen. Denn der Vorderrichter nimmt zwar allerdings auf die Art. 142 und 143 des O.-R. Bezug, aber doch wohl nur in nebensächlicher Weise. Ausschlaggebend für die Entscheidung waren wohl nicht diese Bestimmungen des eidgenössischen Rechtes, sondern vielmehr das kantonale Recht. Die Entscheidung wird zwar nicht auf eine spezielle, die Neuerung grundversicherter Forderungen betreffende kantonalgesetzliche Bestimmnng gestützt, dagegen scheint für dieselbe die im Anschlusse an Bestimmungen des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches und mit Rücksicht auf die hypothekarrechtlichen Einrichtungen des Kantons Zürich gebildete kantonale Geschäfts- und Gerichtspraxis maßgebend gewesen zu sein.

Schluss:

Die Weiterziehung der Klägerin wird abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 18. Mai 1886 sein Bewenden.

Die Verfolgung einer, mit dem gesetzesgemässen Handelsregister-Eintrag nicht übereinstimmenden Firmazeichnung im Verkehr auf dem Verwaltungs- und Polizeiwege.

(Auszug aus einem Entscheid des Kassationsgerichtes Zürich vom 30. September 1886.)

Am 25. August 1885 erließ die Direktion des Innern eine Bekanntmachung betr. die Geschäftsfirmen, deren Inhalt sich in der Hauptsache in folgende Sätze zusammenfassen läßt:

1. Das schweizerische Obligationenrecht beruhe auf dem Prinzip der Firmenwahrheit und verlange deßhalb, daß der Einzelkaufmann nur seinen Familiennamen und die Kollectiv- und Commanditgesellschaften nur Namen eines oder mehrerer unbeschränkt haftender Gesellschafter als Firma führen, währenddem reine Sachfirmen nur von Aktiengesellschaften, Genossenschaften und Vereinen gewählt werden dürfen, woraus folge, daß Geschäftsbezeichnungen, wie: „Englische Waarenhalle, Oeffentliches Lagerhaus" etc. den Einzelkaufleuten, Kollektiv- und Commanditgesellschaften bloß in Verbindung mit der in das Handelsregister eingetragenen Personenfirma erlaubt seien.

2. Der unbefugte Gebrauch einer Firma könne nicht allein in der Abgabe einer vorschriftswidrigen Firmenzeichnung liegen, sondern auch in Annoncen- und Firmen-Aufschriften an den Geschäftslokalen, auf Briefen, Circularen, Facturen, Fmpfehlungskarten etc., insofern und soweit dieselben, wie es häufig vorkomme, derart beschaffen seien, daß sie keinen Schluß auf den Träger der Firma gestatten, oder als solchen sogar eine unrichtige Person, sei es direkt oder indirekt, anzeigen.

3. Die in den Artikeln 865—876 des schweizerischen Obligationenrechts aufgestellten Bestimmungen über Geschäftsfirmen wollen, indem sie ein die Wahrheit der Firma verfolgendes Prinzip consequent durchgeführt haben, zur Hebung der öffentlichen Ordnung und zur Verkehrssicherheit beitragen, den kantonalen Registerbeamten liege daher ob, darüber zu wachen, daß die für die Bildung der Firmen maßgebenden, überhaupt alle mit der Firma zusammenhängenden gesetzlichen Vorschriften beobachtet und aufrecht erhalten werden.

4. An sämmtliche Firmen-Inhaber des kantonal-zürcherischen Registergebietes ergehe die Einladung, diesen Vorschriften nachzuleben. Gegen diejenigen, welche sich einer ihnen nicht zustehenden Firma bedienen, werde die Registerbehörde einschreiten etc.

Diese Bekanntmachnng wurde im Amtsblatt publizirt.

Unter Hinweisung auf diese Bekanntmachung untersagte das Handelsregisterbureau Zürich der Commanditgesellschaft „Jacques Geiger & Cie. in Außersihl" mit Erlass vom 7. September 1885, ihr Geschäft ferner unter der Bezeichnung: „Oeffentliches Lagerhaus" zu betreiben und forderte sie auf, fragliche Bezeichnung binnen 10 Tagen aus ihren Formularen für Wechsel, Facturen, Zirkulare, aus Aushängeschilden u. s. f. zu entfernen. In einem weitern Erlasse derselben Stelle vom 10. November 1885 wurde genannter Gesellschaft, mit Rücksicht darauf, daß sie wiederum Adreßkarten, Empfehlungen, Zirkulare und Inserate *lediglich* mit der Bezeichnung: „Oeffentliches Lagerhaus" versehen, eröffnet, daß wenn sie fernerhin geschäftliche Bekanntmachungen ohne richtige Firmabezeichnung erlasse, gemäß Art. 23 der bundesräthlichen Verordnung über Handelsregister und Handelsamtsblatt vom 7. Dezember 1882 bei der Aufsichtsbehörde, der Direktion des Innern der Antrag auf Verhängung von Buße werde gestellt werden.

Der citirte Art. 23 der bundesräthlichen Verordnung lautet:

„Befindet sich ein Eintragspflichtiger hinsichtlich einer Eintragung, Löschung oder „Aenderung im Rückstande, so wird ihn der „Registerführer durch schriftliche Anzeige „auffordern, innerhalb 10 Tagen das Versäumte nachzuholen oder die Gründe der „Weigerung schriftlich anzugeben. Erhält „der Registerführer über den Grund der „Säumniß keine Mittheilung oder erachtet er „die Weigerung als unbegründet, so überweist er die Sache an die kantonale Auf-

„sichtsbehörde, welche die Angelegenheit ent-„scheiden und gegen Fehlbare nach Maßgabe „von Art. 864 des Obligationenrechtes ein-„schreiten wird.“

Die angedrohte Ueberweisung an die Direktion des Innern scheint erfolgt zu sein, denn mit Verfügung vom *2. Jenner 1886* legte diese der Firma Jacques Geiger & Cie. wegen Nichtbeachtung der Bekanntmachung vom 25. August 1885 und unter Verweisung auf Art. 864 des Obligationenrechtes eine Ordnungsbuße von 200 Fr. auf und verband damit die Anweisung, der erwähnten Bekanntmachung in jeder Beziehung nachzuleben, ansonst fortgesetzte Anwendung von Buße, eventuell Ueberweisung ans Gericht wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen erfolgen würde. In der Begründung wird gesagt, daß die Commanditgesellschaft Jacques Geiger & Cie. unter Mißachtung der gesetzlichen Bestimmungen über Geschäftsfirmen (Obligationenrecht, Art. 865—876) und der Bekanntmachung vom 25. August 1885 sich in Geschäftsbriefen etc. einer vorschriftswidrigen Firmazeichnung bediene und unter dem anonymen Namen „Oeffentliches Lagerhaus“ ihr Geschäft in den Tagesblättern empfehle und zwar Alles trotz wiederholter Aufforderungen des Registerbureau, nur eine gesetzlich zulässige Firma im Verkehr zu führen.

Gegen diese Verfügung rekurirten Jacques Geiger & Cie. an den Bundesrath, dieser ertheilte aber mit Beschluß vom 2. April 1886 den Bescheid, es sei auf den Rekurs nicht einzutreten, weil zwar Beschwerdestellerin auf Grund von Art. 864 des O.-R. nicht bestraft werden könne, da durch diese Gesetzesbestimmung nur derjenige mit Strafe bedroht werde, welcher der ihm obliegenden Verpflichtung, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, nicht nachkomme, während Beschwerdestellerin dieser Verpflichtung nachgekommen sei, nun aber diese nicht wegen angeblicher Nichtbefolgung dieser Verpflichtung, sondern deßhalb gebüßt worden sei, weil sie sich im Verkehr einer Reihe von Firmabezeichnungen bedient habe, die von dem Eintrag ins Handelsregister abweichen, durch die angefochtene Verfügung also eine bundesgesetzliche Bestimmung nicht verletzt worden sei, über die Frage aber, ob kantonale Bestimmungen betreffend Competenz oder die Sache selbst verletzt worden seien, die kantonale Oberbehörde zu entscheiden habe.

An Letztere, nämlich den Regierungsrath wandte sich nun auch Jacques Geiger und dieser erkannte mit Beschluß vom 22. April 1886, der Rekurs sei abgewiesen in der Meinung, daß die verhängte Ordnungsbuße auf 100 Fr. herabgesetzt werde. Die Begründung ist folgende: Allerdings komme Art. 864 des O.-R., wie der Bundesrath richtig entschieden, nicht zur Anwendung, allein, es liege ein analoger Fall vor. Die Eintragung ins Handelsregister hätte keinen Werth, wenn es im Belieben des Eingeschriebenen stände, eine andere Firma als die eingetragene zu gebrauchen. Bei Prüfung, ob es sich im vorliegenden Falle um eine Ordnungsbuße oder um eine Polizeibuße handle, sei nicht allein darauf zu verweisen, daß Art. 864 des O.-R. Ordnungsbußen, nicht Polizeibußen androhe, sondern hauptsächlich auf § 1040 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes. Nach dieser Gesetzesbestimmung gelte als Polizeiübertretung Zuwiderhandeln gegen ein Polizeigesetz oder eine Polizeiverordnung oder Nichtbeachtung von solchen, durch zuständige Behörden erlassenen Befehlen, Verboten und Anordnungen, welche nicht gegen eine bestimmte Person gerichtet seien. Nun habe sich aber Beschwerdestellerin des Zuwiderhandelns gegen eine Verfügung schuldig gemacht, welche von der Direktion des Innern kraft ihrer Zuständigkeit gegen die Beschwerdestellerin *und nur gegen sie* gerichtet worden sei und es sei daher die Strafe, welche ihr aufgelegt worden sei, eine Ordnungsbuße. Beschwerdestellerin hätte gegen die Verfügungen, welche der Ordnungsstrafe vorangegangen seien, rekuriren können, statt dessen habe sie einfach die erlassenen Verfügungen nicht befolgt. Mit Recht sei ihr deßhalb eine Ordnungsbuße auferlegt worden als Vorläufer einer Ueberweisung an den Strafrichter im Falle weiterer Widersetzlichkeit. Immerhin möge die Buße als erstmalige Strafe mit 100 Fr. hoch genug bemessen sein. Die Behauptung der Beschwerdestellerin, daß der Direktion des Innern die Aufsicht über

das Ragionenwesen nicht zustehe, sei unrichtig, indem gemäß § 20 Ziff. 3 des Gesetzes betr. die Organisation des Regierungsrathes der Direktion des Innern die Leitung und Ueberwachung des Ragionenwesens zustehe.

Gegen die vom Fiscus für die Buße angehobene Betreibung wirkten Jacques Geiger & Cie. Rechtsvorschlag aus und der Audienzrichter des Bez.-Gerichtes Zürich verweigerte die Rechtsöffnung unter folgender Begründung: Die aufgelegte Buße sei nicht eine Ordnungstrafe, sondern eine Polizeistrafe und zur Verhängung einer solchen sei gemäß § 1044 des Rechtspflegegesetzes nicht die Direktion des Innern oder der Regierungsrath, sondern das Statthalteramt zuständig. Art. 864 des O.-R. komme überhaupt nicht zur Anwendung, aber wenn er zur Anwendung käme, wäre die darnach verhängte Buße nicht eine Ordnungsstrafe, sondern eine Polizeistrafe, da es sich um Zuwiderhandeln gegen ein Polizeigesetz, nicht um ein einer Behörde gegenüber verübtes Disciplinarvergehen handeln würde. Daß im Bundesgesetz diese Strafe Ordnungsbuße genannt werde, sei gleichgültig, da es auf das Wesen, nicht auf den Namen ankomme. Der Bund als Gesetzgeber habe auch weder den Willen, noch die Befugniß gehabt, zu bestimmen, welche kantonale Behörde zur Verhängung von Bußen wegen Nichtbeachtung der Vorschriften über das Handelsregister zuständig sein solle; vielmehr sei die in Art. 864 des Obligationenrechtes ausgedrückte Meinung des Gesetzgebers nur die, daß von der Registerbehörde die Untersuchung des Falles durch die nach kantonalen Gesetzen für die vorgesehene Uebertretung zuständige Behörde zu veranlassen sei. Die Direktion des Innern hätte daher die Sache dem Statthalteramte überweisen sollen, sodaß Beschwerdestellerin, wenn sie von diesem gebüßt worden wäre, gemäß § 1055 des Gesetzes betr. die Rechtspflege an den ordentlichen Richter hätte gelangen können.

Die Rekurskammer des Obergerichtes, an welche der Fiscus rekurrirte, ertheilte dagegen mit Beschluss vom 30. Juni 1886 die begehrte Rechtsöffnung und das Kassationsgericht bestätigte diesen Entscheid

mit folgender Begründung:

1. Das Dispositiv des Beschlusses der Rekurskammer ist richtig, d. h. die vom Fiscus für den Betrag der vom Regierungsrath verhängten Buße begehrte Rechtsöffnung mußte ertheilt werden. Es braucht also nicht erörtert zu werden, ob die Rekurskammer aus Gründen, die an Nichtigkeit leiden, zu diesem Dispositiv gelangt sei (Sträuli, Commentar zum Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege No. 4 unten § 712).

2. Von einer Buße auf Grund von Art. 864 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht kann allerdings keine Rede sein. Das Dispositiv des Beschlusses des Bundesrathes vom 2. April 1886 lautet zwar, es sei auf den Rekurs nicht einzutreten; aber in der maßgebenden Begründung desselben ist ausgesprochen, der Rekurs gegen die verhängte Buße hätte gutgeheißen werden müssen, wenn sie lediglich wegen angeblicher Mißachtung von Art. 864 des Obligationenrechtes verhängt worden wäre. Wollte man übrigens annehmen, ein maßgebender Beschluß des Bundesrathes liege nicht vor, so müßte diesseitige Stelle der Ansicht des Bundesrathes beitreten. Denn einer Registerbehörde kann wohl vom Gesetzgeber nur Einschreiten gegen Private zugemuthet werden, *die Vorschriften über Registrirung missachten,* nicht gegen Private, die sich nicht eine solche Mißachtung, *sondern Abweichungen von der richtigen Registrirung im Verkehr* zu Schulden kommen lassen; aus demselben Grunde hält auch die Herbeiziehung von Art. 875 des Bundesgesetzes nicht Stich. Da Art. 864 und 875 des Bundesgesetzes überhaupt nicht zur Anwendung kommen, so ist auch die Erörterung der Frage überflüssig, ob der Gesetzgeber die Absicht und die Befugniß gehabt habe, die kantonalen Registerbehörden unmittelbar mit der Kompetenz, die bezeichneten Bußen zu verhängen, auszurüsten oder ob die Meinung des Gesetzes sei, die kantonale Registerbehörde habe je nach den kantonalen Kompetenzbestimmungen entweder selbst eine solche Buße zu verhängen oder der zuständigen kantonalen Behörde von einer

Gesetzesübertretung behufs Verhängung der Buße Kenntniß zu geben.

3. Wäre ferner die Buße wegen Mißachtung der Bekanntmachung der Direktion des Innern vom 25. August 1885 verhängt worden, so müßte Rechtsöffnung verweigert werden. Denn wegen Mißachtung einer solchen Bekanntmachung wäre gemäß §§ 1040 und 1044 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege nur das Statthalteramt zur Verhängung von Bußen — vorbehältlich des Rechtes des Gebüßten, an die Gerichte zu gelangen — zuständig gewesen und von unzuständiger Stelle erlassene Verfügungen oder Beschlüsse bestehen nicht zu Recht.

4. Nun erklärt aber der Regierungsrath in der Begründung seines Beschlusses — und auf diese allein, nicht auf die Begründung der Verfügung der Direktion des Innern kommt es an — ausdrücklich: Bei Verhängung der Buße komme Art. 864 des Obligationenrechts nicht zur Anwendung und die Buße werde nicht verhängt wegen Zuwiderhandelns gegen ein Polizeigesetz oder eine Polizeiverordnung oder wegen Nichtbeachtung von Befehlen, Verboten oder Anordnungen, die nicht gegen eine bestimmte Person gerichtet seien, sondern wegen Zuwiderhandelns gegen eine Verfügung, welche von der Direktion des Innern gegen die Beschwerdestellerin und nur gegen sie gerichtet worden sei, sie hätte gegen die Verfügungen, welche der Ordnungsbuße vorangegangen seien, rekurriren können, aber der Umstand, daß sie, statt ein Rechtsmittel zu ergreifen, die Verfügungen nicht befolgt habe, habe eine Disziplinarstrafe als einstweilige, einer Ueberweisung an den Strafrichter bei weiterm Ungehorsam vorangehende Ahndung gerechtfertigt. Der Regierungsrath verhängte daher in der That eine Ordnungsstrafe und zwar wegen des Disziplinarfehlers der Störung der vorgeschriebenen Ordnung des Geschäftsganges (§ 2 Ziff. 2 des Gesetzes betreffend die Ordnungsstrafen), als welche Störung der Regierungsrath das Benehmen der Beschwerdestellerin gegenüber den ihr namentlich am 7. September und 10. November 1885 von dem der Direktion des Innern unterstellten Führer des Handelsregisters ertheilten Weisungen betrachtete. Daß in der Begründung des regierungsräthlichen Beschlusses vom Zuwiderhandeln gegen eine Verfügung der Direktion des Innern gesprochen wird, beruht lediglich auf einer Ungenauigkeit, wie sich aus der unmittelbar nachher folgenden Berufung auf die nicht befolgten Verfügungen, d. h. die Weisungen des Registerführers, ergibt. Bei den Worten „immerhin möge die Buße als erstmalige Strafe mit Fr. 100 hoch genug bemessen sein“, hat die Person, welche die Redaktion des Beschlusses besorgt hat, allerdings nicht beachtet, daß der Betrag von Fr. 100 der höchste war, welcher nach dem Gesetze betreffend die Ordnungsstrafen (§ 4 Ziffer 2 lit. a) als Betrag der Buße bestimmt werden durfte und es ist wohl möglich, daß dem Redaktor des Beschlusses bei Besprechung des Betrages der Buße wiederum der in der Begründung erörterte, aber als nicht angewandt erklärte Art. 864 des Obligationenrechtes vorgeschwebt hat. Aber dies ist gleichgültig, weil die im Gesetze betreffend die Ordnungsstrafen vorgeschriebene Grenze nicht überschritten worden ist.

5. Nun kann Zweifel darüber erhoben werden, ob der Registerführer oder die Direktion des Innern selbst zuständig gewesen sei, der Beschwerdestellerin irgend welche Anweisungen betreffend die Art, wie sie sich im Verkehre bezeichnen dürfe, zu ertheilen und wenn die Frage verneint würde, wäre die Beschwerdestellerin wegen Nichtbefolgung von Anweisungen, die von unzuständiger Stelle erlassen worden sind, also mit Unrecht gebüßt worden.

Ferner kann Zweifel darüber erhoben werden, ob Nichtbefolgung einer von zuständiger Behörde erlassenen Verfügung als Störung der vorgeschriebenen Ordnung des Geschäftsganges behandelt werden dürfe. Allein wenn aus dem einen oder andern Grunde der Beschluß des Regierungsrathes dem Gesetze widersprechen würde, so könnte derselbe nicht beim Richter angefochten werden. Der Regierungsrath war zuständig, in Folge Rekurses eine Ordnungsbuße zu bestätigen oder eine solche von Amtes wegen zu verhängen; dieser Beschluß besteht, sei er richtig oder nicht, als von zuständiger Behörde erlassen

und vor den Gerichten nicht anfechtbar, zu Recht und es ist daher die auf diesen Beschluß gegründete Forderung des Fiscus vollstreckbar.

Die Fortsetzung des widerrechtlichen Firmagebrauchs im Verkehr durch Jacques Geiger und ihre Folgen.

(Auszug aus einem Strafurtheil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 7. Oktober 1886.)

Trotzdem die Rekurskammer des Obergerichtes für die dem Jacques Geiger aufgelegte Buße mit Beschluß vom 30. Juni 1886 Rechtsöffnung ertheilt hatte, sah sich dieser nicht veranlaßt, die Bezeichung: „Oeffentliches Lagerhaus“ in seinem Geschäftsverkehr zu vermeiden. Die Direktion des Innern erließ deßhalb am 23. Juli 1886 eine neue Verfügung, in welcher dem Jacques Geiger abermals anbefohlen wurde, die Bezeichung: „Oeffentliches Lagerhaus“ von seinen Geschäftsräumlichkeiten und aus seinen Papieren zu entfernen und zwar unter der Androhung, daß wenn er der Auflage abermals nicht nachkommen sollte, Ueberweisung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügung an die Gerichte erfolgen würde.

Auch diese Verfügung blieb unbeachtet und es erfolgte deßhalb, entsprechend der gemachten Androhung, Ueberweisung an die Gerichte. Die Vertheidigung des Angeklagten bestund einfach in der Behauptung, daß die Verfügung von incompetenter Stelle erlassen worden und deßhalb nichtig sei, das Bezirksgericht Zürich war indeß anderer Meinung, denn mit Urtheil vom 1. September 1886 hat es die Schuldfrage bejaht und den Geiger zu einer Buße von 100 Frkn. verurtheilt. Dieser appellirte, allein die Appellationskammer des Obergerichtes war ebenfalls der Meinung, daß der Thatbestand des eingeklagten Vergehens vorliege und sprach deßhalb mit Urtheil vom 7. Oktober 1886 das „Schuldig“ aus, erhöhte aber die Buße in Folge Anschlußappellation der Staatsanwaltschaft auf 200 Fr.

Gründe:

1. Der Angeklagte gibt zu, daß er der Verfügung der Direktion des Innern, von seinen Geschäfträumlichkeiten und aus seinen Geschäftspapieren die Bezeichnung; „Oeffentliches Lagerhaus“ zu entfernen, nicht nachgekommen sei, erklärt sich aber gleichwohl des eingeklagten Vergehens deßhalb *nicht* schuldig, weil die fragliche Verfügung, als von incompetenter Stelle erlassen, eine ungesetzliche sei. Es ist daher lediglich zu untersuchen, ob diese Einrede des Angeklagten stichhaltig sei oder nicht.

2. Nach § 20 des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrathes steht die Leitung und Ueberwachung des Ragionen- resp. Handelsregisterwesens der Direktion des Innern zu. Diese Thatsache ist durch Art. 864 des schw. O.-R. nicht geändert worden. Nach wie vor war es Sache der Verwaltungsbehörden, dafür zu sorgen, daß Pflichtige ins Handelsregister eingetragen und daß mit unrichtigen Bezeichnungen kein Mißbrauch getrieben werde. So hat denn auch die competente Behörde in ihrer Bekanntmachung vom 25. August 1885 auf das Ungehörige solcher Bezeichnungen aufmerksam gemacht und dem Angeklagten wiederholt und zwar unter Androhung von Ueberweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams die Zeichnung und Benutzung der Firma: „Oeffentliches Lagerhaus“ untersagt. Gegen diese Auflage hat der Angeklagte ein ordentliches Rechtsmittel nicht ergriffen und zugestandenermaßen die gleiche Firma auf Facturen, Adreßkarten und in Publikationen verwendet. In dieser Handlungsweise besteht der Ungehorsam und dafür ist der Angeklagte strafbar.

3. Berücksichtigt man, daß der Angeklagte in gleicher Sache bereits mit 100 Fr. Buße belegt worden, trotzdem aber bei seinem Ungehorsam verblieben ist, so rechtfertigt sich nunmehr eine Erhöhung auf das Doppelte.



Die Liquidation einer Kollectivgesellschaft (Art. 580 u. folgd. des O.-R.) ist auch in der Form einer Veräusserung des ganzen Geschäftes mit Activen und Passiven an einen der bisherigen Gesellschafter zulässig und die Folge unter Anderm die, dass wenn dann dieser in Konkurs geräth, nicht der Gesellschaftskonkurs (Art. 566 des O.-R.), sondern der Konkurs eines Einzelkaufmanns vorliegt, in welchem die frühern Gesellschaftsgläubiger mit den übrigen Gläubigern des Cridaren in gleicher Linie stehen und in welchem daher auch das Weibergutsprivilegium zur Geltung kommt.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 9. Oktober 1886.

Unter der Firma: „Goßweiler & Cie." bestand vom 6. Oktober bis zum 8. Dezember 1885 eine Kollectivgesellschaft, deren solidare Antheilhaber Eugen Karl Goßweiler und Arnold Bär waren. Geschäftszweig: „Fournierhandlung". Am 7. Dezember 1885 schlossen die beiden Gesellschafter einen Auflösungsvertrag ab, durch welchen das ganze Geschäft mit *Activen und Passiven* dem einen Associe, Arnold Bär, übertragen wurde und im Handelsamtsblatt vom 12. Dezember erschien dem entsprechend mit Datum vom 8. gleichen Monats die Mittheilung, daß die Firma Goßweiler & Cie. erloschen sei und Arnold Bär, welcher die Aktiven und Passiven der erloschenen Firma: „Goßweiler & Cie." übernommen habe, das Geschäft unter der Firma „A. Bär" weiter führe.

Am 8. Februar 1886 gerieth Arnold Bär in Konkurs und auf Gesuch einiger Gläubiger der frühern Firma Goßweiler & Cie. wies der Konkursrichter die Notariatskanzlei mit Verfügung vom 7. Mai an, die Ausscheidung der aus dem Geschäfte Goßweiler & Cie. herrührenden Activen und Passiven vorzunehmen und den Creditoren hievon Kenntniß zu geben unter Ansetzung einer Frist, binnen welcher Einwendungen dagegen zu erheben wären, daß aus diesen Activen vorerst diejenigen Passiven getilgt werden, welche Bär von der frühern Firma übernommen habe. Eine Beschwerde der Ehefrau Bär gegen diese Verfügung ist von der Rekurskammer unterm 10. Juui verworfen worden.

Binnen der den Creditoren angesetzten Frist protestirte Frau Bär gegen die Ausscheidung, weil es sich im vorliegenden Falle um den Auffall eines Einzelkaufmanns handle und nicht um den Konkurs einer Kollectivgesellschaft, der Artikel 566 des Obligationenrechts sonach nicht Anwendung finde. Durch Erkenntniß des Konkursrichters vom 28. Juni d. J. wurde indessen die von der Notariatskanzlei vorgenommene Ausscheidung der Activen der frühern Firma Goßweiler & Cie. definitiv genehmigt und festgesetzt, es sei der Erlös aus denselben zur Befriedigung der Gläubiger der frühern Kollectivgesellschaft, mit Ausschluß der Privatgläubiger des Cridaren zu verwenden.

Ueber diesen Entscheid beschwerte sich die Frau Bär, indem sie vorbrachte: Es sei eine unrichtige Supposition, daß Goßweiler & Cie. in Liquidation gegangen und Arnold Bär Liquidator geworden sei. Durch den Auflösungsvertrag und die damit verbundene Uebertragung des Besitzes sei Bär vielmehr alleiniger Eigenthümer der Activen von Goßweiler & Cie. geworden. Da die Rekursgegner (Gläubiger der frühern Firma) dieses Eigenthum während der Bedenkzeit nicht angefochten haben, hätte der Konkursrichter sie nicht von sich aus in eine Ansprecherklasse hineinconstruiren sollen, welche nicht beansprucht worden sei. Das angefochtene Erkenntniß stehe auch im Widerspruche mit dem Grundsatze der Einheitlichkeit des Konkurses, indem es die Auffallsmasse der Activen auf unzulässige Art zerstückele.

Die Rekursgegner, Hauptgläubiger der Firma Goßweiler & Cie. stellten den Antrag auf Abweisung der Beschwerde, *die Appellationskammer des Obergerichtes hiess dieselbe jedoch gut und hob demgemäss die von der Notariatskanzlei vorgenommene Ausscheidung der Activen der frühern Firma Gossweiler & Cie. auf.*

Gründe:

1. Nachdem am 8. Februar 1886 über Arnold Bär der Konkurs ausgebrochen war, hatte der Notar gemäß § 52 des Konkurs-

gesetzes alle in dessen Besitz befindlichen Vermögensgegenstände unter die Konkursactiven aufzunehmen. Dieß ist denn auch geschehen und es befinden sich darunter mit Recht auch alle diejenigen Activen, welche früher der Firma Goßweiler & Cie. gehört hatten. Gesetzt nun, diese Firma sei heute noch nicht aufgelöst, sondern der in Konkurs gerathene Bär bloß deren Liquidator, so wäre die Firma selbstverständlich Eigenthümerin geblieben, allein dann hätte sie, resp. der Gesellschafter Goßweiler, eventuell ihre Creditoren diese Eigenthumsansprache im Konkurse Bär nur durch Vindication wahren können und da sie die Eingabefrist zur Stellung des Vindicationsbegehrens versäumt haben, bedürften sie vor Allem aus der Restitution gegen den Ablauf der Eingabefrist. Statt nun auf diese Weise vorzugehen, nämlich zu vindiciren und Restitution gegen den Ablauf der Eingabefrist zu verlangen, haben die Rekursgegner, um zu ihrem wirklichen oder angeblichen Rechte zu gelangen, von Anfang an einen Weg betreten, der sich in keiner Weise auf das Gesetz stützt und bei dem daher auch die Frage, wie in formeller Beziehung zu verfahren wäre, nicht beantwortet werden kann. Es wäre daher strenge genommen das ganze dießbezügliche Verfahren einfach nichtig.

2. Gesetzt aber, man betrachte die Ansprache der Rekursgegner wirklich als Vindication, was sie rechtlich einzig sein kann und setze sich auch ohne Weiteres über die verspätete Geltendmachung hinweg, so ist dieselbe, da die Kompetenz dießseitiger Stelle hiebei außer Zweifel steht, — aus materiellen Gründen abzuweisen.

3. Zunächst geht sowohl aus dem Vertrage zwischen Goßweiler und Bär vom 7. Dezember 1885 als auch aus der Publikation im Handelsamtsblatt vom 8. Dezember klar hervor, daß die Absicht beider Contrahenten dahin ging, daß die Firma Goßweiler & Cie. aufgelöst sein solle und Bär deren Activen und Passiven übernehme. Es frägt sich daher nur, ob eine solche sofortige Auflösung einer Firma in der Weise, daß an die Stelle einer eigentlichen Liquidation der Activen und Befriedigung der Handelsgläubiger aus deren Ergebniß die Uebernahme der Activen und Passiven durch den einen der Gesellschafter tritt, gesetzlich zuläßig sei. Zunächst spricht für die gesetzliche Zulässigkeit schon der Umstand, daß es allgemein so üblich ist, wie fast aus jeder neuen Nummer des Handelsamtsblattes hervorgeht. Aber auch das Gesetz, wobei hauptsächlich Art. 580 des schw. O.-R. in Betracht fällt, hat nicht den Sinn, daß eine derartige Auflösung einer Kollectivgesellschaft unzuläßig wäre; denn sonst wäre dasselbe mit Rücksicht auf die von *jeher* herrschende Handelsübung ohne Zweifel so abgefaßt worden, daß darüber kein Zweifel obwalten könnte. In der That liegt eben im Verkauf der sämmtlichen Activen einer Firma an einen Gesellschafter unter Ueberbindung der Passiven ebensogut wie in dem Verkauf an einen Dritten die Liquidation d. h. mit diesem Verkaufe ist eben die Firma liquidirt. Das deutet denn auch Schneider an in seinem Commentar zu Art. 582 Zif. 4. Es ist daher die Firma Goßweiler & Cie. mit dem 8. Dezember 1885 aufgelöst worden und sind also auch mit diesem Zeitpunkte deren Activen in das alleinige Eigenthum des Bär übergegangen.

4. Allerdings hat nun dieser Eigenthumsübergang die eigenthümliche Folge, daß der Ehefrau des Bär, der heutigen Rekurrentin für ihre Weibergutsforderung ein Privilegium an diesen Aktiven zusteht, während sie ein solches im Konkurse der Kollectivgesellschaft nicht hätte geltend machen können und man mag dieß als ein materielles Unrecht empfinden, allein dafür ist die Gesetzgebung verantwortlich und der Richter könnte dasselbe nur dann corrigiren, wenn die Rekursgegner der Rekurentin nachzuweisen vermöchten, daß schon bei Bildung der Firma Goßweiler & Cie. die Absicht obgewaltet habe, mit Benutzung des Credits der Kollectivgesellschaft, welcher allerdings zum Theil darauf beruhen mochte, daß in deren Konkurse das Weibergutsprivilegium ausgeschlossen ist, — Schulden zu contrahiren und dieselben dann später durch Auflösung der Firma in der Weise abzuschütteln, daß sie im Konkurse ihres Ehemannes mit ihrem Weibergutsprivilegium die Hand auf sämmt-

liche Aktiven lege. In diesem Falle läge sogar ein förmlicher strafrechtlicher Betrug vor, aus welchem den Betrogenen selbstverständlich das Recht entstünde, den widerrechtlich erreichten Vortheil wieder rückgängig zu machen. Diese betrügerische Absicht ist aber von den Rekursgegnern nicht nachgewiesen, ja nicht einmal ernstlich behauptet worden. Dagegen ist es noch kein Betrug, wenn auch die Rekurrentin, um ihr Weibergut zu retten, ihren Ehemann bewogen hat, die frühere Firma aufzulösen und das Geschäft in Activen und Passiven selbst zu übernehmen. Uebrigens ist auch das nicht erwiesen, daß jener Vertrag diesen Zweck hatte, sondern es ist ganz wohl gedenkbar, daß damals weder sie noch Bär an die Möglichkeit des baldigen Konkurses dachten.

5. Die Anfechtungsklage (actio Pauliana) endlich ist im vorliegenden Falle ausgeschlossen. Dieselbe steht blos den Gläubigern eines im Konkurse befindlichen Schuldners zu. Die Firma Goßweiler & Cie. aber besteht gar nicht mehr und kann daher auch nicht mehr in Konkors gerathen, Goßweiler selbst aber steht noch aufrecht und wie die Rekursgegner als Creditoren des Bär gestützt auf § 1019 oder § 1021 des P.-R. G.-B. das Weibergutsprivilegium der Rekurrentin sollen zu Falle bringen oder gar, wie sie verlangen, einen Theil der Activen zur separaten Befriedigung verlangen dürfen, ist unerfindlich.

Bestätigung

des in einer obergerichtlichen Entscheidung vom Jahre 1875 (Ullmers Commentar, Supplementband No. 3566) ausgesprochenen Satzes, dass die Gläubiger eines enterbten Schuldners keine Klage auf Anfechtung des Testamentes (beziehungsweise der Enterbung) haben. (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 26. Oktober 1886 i. S. Pfister, Bertschinger & Cons. ca. Oetiker.)

Am 22. Februar 1886 ist über Jacob Oetiker-Kölla, Landwirth von Männedorf, wohnhaft auf der Hub in Uetikon, in Folge eingereichter Insolvenzerklärung der Konkurs eröffnet worden. Am 29. März ging die Eingabefrist zu Ende und am 14. April begann die Bedenkzeit.

Am 9. April errichteten die Eltern des Konkursiten, nämlich Johannes Oetiker, Landwirth im Langacker-Männedorf und dessen Ehefrau, Margaretha geb. Pfister einen wechselseitigen Erbvertrag und zwar in der Form des öffentlichen Testamentes (§§ 2116 und 2118 des pr. G.-B.), in welchem auch die Verfügung enthalten ist, daß beide Testatoren ihren Sohn, Jacob Oetiker, Landwirth auf der Hub-Uetikon, auf Grund des § 2049 des privatrechtlichen Gesetzbuches wegen dessen Fallitenzustand von der Erbschaft ausschliessen und dessen Kinder an seine Stelle eintreten lassen. „Es soll also unser Sohn nach unserm Tode total zu Gunsten seiner Nachkommen enterbt sein“ etc.

Am 1. Mai 1886 starb der Vater Johannes Oetiker und hinterließ als Interstaterbe lediglich den mehrgenannten, im Konkurse befindlichen Sohn, Jacob Oetiker. Nunmehr verlangten die Gläubiger des Letztern Beiziehung des gesammten Nachlasses in die Konkursmasse ihres Schuldners und der Notar nahm eine vorsorgliche Inventarisation und Sequestration desselben vor, ging aber davon aus, daß eine *definitive* Beiziehung der Nachlaßactiven nur auf dem Wege einer Anfechtung und Beseitigung des Testamentes, bezw. der darin enthaltenen Enterbung des Cridaren möglich sei und beantragte deßhalb dem Konkursrichter eine Fristansetzung an die Gläubiger zum Zwecke der Beibringung des Ausweises, daß sie gegen die Gültigkeit des Testamentes beim zuständigen Gerichte Klage eingereicht haben und zwar unter der Androhung, daß sonst angenommen würde, sie anerkennen das Testament und seien mit der Aushingabe des Vermögens an die Kinder des Gemeinschuldners einverstanden.

Der Konkursrichter genehmigte diesen Antrag, die Fristansetzung erfolgte und 4 Gläubiger wiesen sich über die Klageeinleitung aus. Sie stellten gegenüber dem Gemeinschuldner und seinen Kindern die Streitfrage auf, ob nicht das Testament als rechtsungültig zu erklären und in Folge dessen der Nachlaß zur Masse des Erstern zu ziehen sei. Beide Instanzen wiesen aber die Klage

im Wesentlichen aus den nämlichen Gründen ab und zwar lassen sich diese in der Hauptsache in folgende Sätze zusammenfassen:

1. Die *formelle* Gültigkeit des wechselseitigen Testamentes des Johannes Oetiker und seiner Frau ist von den Klägern nicht angefochten worden und steht somit fest.

2. Da dieses Testament eine vollständige Enterbung des Konkursiten und einzigen Sohnes des Erblassers zu Gunsten seiner Kinder enthält, so ist damit die Intestatssuccession des Enterbten in den Nachlaß seines Vaters ausgeschlossen und an deren Stelle die testamentarische Berufung der Enkel des Erblassers zur Erbschaft getreten. Die Kläger berufen sich für das Gegentheil mit Unrecht auf den § 1986 des privatrechtlichen Gesetzbuches, denn wenn hier gesagt ist, die gesetzlichen Erben werden durch den Tod des Erblassers sofort und ohne ihr Zuthun Erben desselben, so ist dabei natürlich vorausgesetzt, daß ihre Berufung durch formell gültiges Testament nicht ausgeschlossen sei. Soweit ein solcher Ausschluß da ist, tritt eben an Stelle der Berufung durch Gesetz die Berufung durch Testament und es bleibt diese bestehen, soweit und solange sie nicht auf Grund der Bestimmungen des Notherbrechtes von den klageberechtigten Notherben beseitigt worden ist. Die Kläger befinden sich demnach im Irrthum, wenn sie glauben, den Nachlaß des Vaters Oetikers auf Grund der gesetzlichen Berufung seines Sohnes zur Erbschaft in die Konkursmasse des Letztern verlangen beziehungsweise ihre Legitimation zur Testamentsanfechtung auf diese Berufung und den daraus folgenden Erbanfall stützen zu können, weil eben die angebliche Berufung zur Erbschaft gar nicht wirksam geworden und somit auch ein Erbanfall nicht eingetreten ist.

3. Dagegen ist der Sohn Jacob Oetiker allerdings *Noth*erbe seines Vaters und soweit sein Notherbrecht durch das Testament verletzt ist, kann er dasselbe anfechten. Allein er verzichtet darauf und die Kläger als seine Gläubiger sind zur Anfechtung nicht legitimirt, weil das Klagerecht der Notherben in erster Linie nicht ein Vermögensstück, sondern auf Genugthuung gerichtet, darum streng persönlich ist, auf die Erben des Berechtigten nur in sehr beschränkter Weise und auf die Creditoren desselben vollends gar nicht übergeht (siehe Ullmers Commentar, Supplementband No. 3566 zu § 2049 des pr. G.-B.

4. Nicht weniger verfehlt ist die Berufung der Kläger auf die Analogie des § 1989 des privatrechtlichen Gesetzbuches, welcher bestimmt: „Wenn ein Erbe in der Absicht, seine Gläubiger zu schädigen (§ 1019) eine ihm angefallene Erbschaft ausschlägt, so sind diese berechtigt, an seiner Statt die Erbschaft anzutreten und sich daraus bezahlt zu machen, in der Meinung jedoch, daß der Mehrwerth der Verlassenschaft als erbloses Gut behandelt wird", denn dieß ist eine positive, *singuläre* Bestimmung, die nicht analog ausgedehnt werden darf und die als Ausnahme gerade die Regel bestätigt, daß sonst die Gläubiger nicht für die Erben handeln dürfen (siehe das oben angerufene Präjudiz in Ullmers Commentar).

5. Wo möglich noch weniger zutreffend ist es endlich, wenn die Kläger glauben, das Testament mit der paulianischen Klage (§ 1019 des pr. G.-B.) beseitigen zu können, zumal der Thatbestand derselbeu überall nicht vorliegt. Zu diesem gehört eine Veräußerung von Vermögensbestandtheilen ab Seiten des Gemeinschuldners zum Zwecke der Benachtheiligung seiner Gläubiger, eine solche hat aber der Sohn Oetiker überall nicht vorgenommen und konnte sie nicht vornehmen, weil ihm eine Erbschaft überall nicht angefallen ist. Der Verzicht auf die Anfechtung des Testamentes kann nicht als Vermögensveräußerung angesehen werden, weil darin nicht das Aufgeben eines Vermögensstückes, sondern eines rein persönlichen, die Gläubiger überall nicht berührenden Anspruches liegt. Hätte der Gesetzgeber den Gläubigern eines Notherben das Recht der Testamentsanfechtung aus dem Gesichtspunkte fraudulöser Benachtheiligung einräumen wollen, so hätte er dieß ausdrücklich sagen müssen und würde es auch gerade so gut ausdrücklich gesagt haben, wie er in dem § 1989 unter spezieller Hinweisung auf den § 1019 des privatrechtlichen Gesetzbuches ausdrücklich gesagt hat, daß eine fraudulöse Erbschaftsausschlagung für die Gläubiger des Ausschlagenden nicht verbindlich sei.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Dezember 1886. V. Band. № 23.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 8. Oktober 1886
in Sachen
der *Email- und Metallwaaren-Fabrik Zug,* Klägerin und Widerbeklagte,
gegen
Markus Träubler in Oberstrass, Beklagten und Widerkläger
betr. Lieferungsvertrag und Kauf.

---

1. Wenn der Käufer beim Distanzkauf die Empfangnahme der ihm übersandten Waare einfach verweigert und der Verkäufer dieselbe in Folge dessen wieder zurückgehen läßt, so kann ersterer die Einrede des nichterfüllten Vertrages gegenüber der Kaufpreisklage des letztern nicht darauf stützen, daß im Momente der Klaganstellung kein *reales* Erfüllungsanerbieten von Seite des Verkäufers vorliege.

2. Verwirkung der Mängelrüge durch einfache Refüsirung der Waare ohne Untersuchung und Reklamation.

3. Feststellungsklage. Einrede des Untergangs der Obligation wegen angeblich eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung ab Seite des Klägers selbst, bezw. der Umwandlung derselben in eine Verpflichtung zur Schadenersatzleistung durch den Letztern etc.

Streitfragen:

I. Zur Hauptklage: 1. Ist der Beklagte schuldig, der Klägerin Fr. 1147. 75 für am 30. April und 6. Mai 1886 gelieferte Waaren gegen Empfangnahme der letztern zu bezahlen?

2. Ist der Beklagte verpflichtet, den mit der Klägerin abgeschlossenen Vertrag betr. Lieferung von Obst- und Gemüsepressen auch für die Zukunft als zu Recht bestehend und für ihn verbindlich anzuerkennen, eventuell gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages eine Konventionalstrafe von 5000 Fr. zu bezahlen?

II. Zur Widerklage. 1. Ist die Klägerin und Widerbeklagte pflichtig, dem Beklagten und Widerkläger als Schadenersatz für Nichterfüllung des Vertrages vom 7./11. November 1885 Fr. 4000 zu bezahlen?

2. (eventuell, bei Bejahung von Rechtsfrage 2 der Klage) Ist die Klägerin und Widerbeklagte pflichtig, dem Beklagten und Widerkläger wegen Verletzung des § 3 obgenannten Vertrages eine Conventionalstrafe von 5000 Fr. zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Anfangs September 1885 schickte der Beklagte und Widerkläger der Klägerin und Widerbeklagten zwei Obst- und Gemüsepressen amerikanischer Provenienz mit der Anfrage, ob und zu welchen Preisen sie die Lieferung von Pressen dieses Systems contraktlich übernehmen würde. Die Klägerin erklärte sich bereit, einen bezüglichen Lieferungsvertrag mit dem Beklagten abzuschliessen, bemerkte aber mit Brief vom 18. September, daß sie sich über die *Preise* der fertigen Pressen erst aussprechen könne, wenn ihr die ausländischen Fabriken, die sie um den Preis der Gußtheile angefragt, geantwortet hätten. Mit Brief vom 17. Oktober verlangte sie sodann für die kleinsten Pressen 1 Fr. 60, für die mittlern 2 Fr. 10 und für die größten 2 Fr. 80 per Stück, franco Fabrik, jedoch mit dem Beifügen: „Die Preise für die beiden größern Sorten sind approximativ, weil der Lieferant der Gußtheile behauptet, uns keine Preise machen zu können, bevor er nicht mehrere Stücke angefertigt habe. Wenn er uns also mehr verlangt, als wir angenommen haben, so müßten wir das eben zum obigen Preise hinzuschlagen und umgekehrt.“

Am 18. Oktober bestellte der Beklagte „vorderhand 600 Stück kleinere, 150 Stück mittlere und 150 Stück große Pressen, lieferbar in den Monaten Oktober, November und Dezember 1885 entsprechend meinen jeweiligen Dispositionen“; folgenden Tages antwortete die Klägerin, auf Oktober sei es ihr unmöglich zu liefern, da sie mindestens 4 Wochen auf die Gußtheile warten müsse, wenn sie aber einmal mit der Fabrikation im Gange sei, so gehe die Ablieferung rasch von statten, worauf der Beklagte mit Brief vom 21. Oktober erwiderte: „Von Anfang an kann ich nicht alle Pressen von Ihnen

beziehen, denn es würde meinem Fabrikanten in Philadelphia auffallen, wenn ich meine Bezüge *auf ein Mal* einstellen würde; ich kann nur nach und nach abbrechen. Da ich heute eine größere Partie wieder bestellen muß, so bitte, mir nun im November 100 Stück kleine, 50 Stück mittlere und 50 Stück große Pressen zu senden und so jedes Mal Ende Monats eine gleiche Partie im Dezember und Januar." Die Klägerin erklärte am 22. Oktober, sie müsse entschieden daran festhalten, daß der Beklagte von ihrer Anzeige an, daß sie nun prompt liefern könne, seinen ganzen Bedarf bei ihr decke. „Sie stellten uns einen Bedarf von 5—600 Stück in der kleinen Größe in Aussicht und nur daraufhin ist es uns gelungen, die Gußbestandtheile zu reducirten Preisen zu erhalten, je mehr wir nun gebrauchen, desto eher ist es uns möglich, den Preis zu reduciren."

Am 23. Oktober ersuchte der Beklagte, mit der Fabrikation und sodann mit der Lieferung möglichst bald beginnen zu wollen und machte mit Brief vom 1. November, bei Erörterung der Frage eines Verkaufsmonopols, der Klägerin den Vorschlag, daß sie durch ihre Reisenden die Pressen zwar überallhin verkaufen lassen dürfe, indeß unter Vergütung von 50 Rp. für jedes verkaufte Stück an ihn, den Beklagten. Er bemerkt hier, sein Lager bestehe noch aus ca. 90 Stück Pressen und wenn er nicht sicher darauf zählen könne, gegen Ende des Monats in den Besitz der ersten Sendung zu kommen, so müsse er nochmals in Philadelphia bestellen. Unterm 2. November wurde ihm geantwortet, die Bonification müsse in Prozenten der Differenz zwischen den Vertragspreisen und den bei Dritten erlösten bestimmt werden, 50 Rp. seien zu viel. Beklagter möge, um nicht in Verlegenheit zu gerathen, noch eine Sendung aus Amerika kommen lassen, denn meistens daure es länger als man glaube, bis man sich auf einen neuen Artikel eingerichtet habe. Mit Brief vom 4. November erklärte der Beklagte seine Einwilligung im ersterwähnten Punkte und verlangte als Bonifikation 25 % jener Differenz und am 7. gl. M. schlug er Minimalpreise für den Verkauf an Dritte vor. Die Klägerin war indeß mit diesen nicht einverstanden und proponirte ihrerseits mit Brief vom 8. November andere, nämlich 2 Fr. 70 für die kleinern, 3 Fr. 50 für die mittlern und 4 Fr. 70 für die großen fix oder 4 Fr. 50, 5 Fr. 90 und 8 Fr. 50 mit 40 % Rabatt für Wiederverkäufer und diese Normirung wurde dann vom Beklagten unterm 11. gl. Mts. angenommen. Gleichzeitig theilte dieser mit, er habe 200 Stück kleine Pressen in Amerika bestellt, die in circa 14 Tagen eintreffen werden, daher sei er mehr auf die beiden größern Sorten pressirt und bitte um Antwort, ob dieselben nächsten Monat in Arbeit genommen werden.

B. Unterdeß, — unterm 7./11. November hatte die Unterzeichung einer schriftlichen Vertragsurkunde stattgefunden, deren wesentliche Bestimmungen folgende sind:

§ 1. Die Email- und Metallwaarenfabrik Zug übernimmt auf Grund der gegenwärtigen Rohmaterialpreise die Lieferung von Gemüse- und Obstpressen an Herrn M. Träubler in folgenden Größen:

In den Dimensionen:

90×75 m/m	120×100 m/m	150×125 m/m
	zum Preise von	
1 Fr. 60	2 Fr. 10	2 Fr. 80.

„Entsprechend höhern Materialpreisen kann die Fabrik obige Preise erhöhen oder umgekehrt."

§ 2. Dieser Vertrag tritt mit heute auf die Dauer von 2 Jahren in Kraft und kann nur mit beidseitigem Einverständniß als dahingefallen betrachtet werden.

§ 3. Die Email- und Metallwaarenfabrik Zug verpflichtet sich bei einer Konventionalstrafe von 5000 Fr., während der Vertragsdauer diese Pressen an Niemand als Herrn M. Träubler zu liefern außer mit seinem Einverständniß. Dagegen ist es der obigen Firma gestattet, diese Pressen gegen eine Entschädigung per Stück von 25 % der Differenz zwischen den oben angeführten Lieferungspreisen und den zu erzielenden Verkaufspreisen zu verkaufen. Die beiden Contrahenten haben sich über einen Minimalpreis zu einigen, unter welchem bei einer Konventionalstrafe von 5000 Fr. keine Parthei diese Pressen verkaufen darf.

Sobald die Email- und Metallwaarenfabrik

Zug erklärt, daß sie die Pressen liefern könne, muß Herr M. Träubler seinen ganzen Bedarf in diesen Pressen und zwar auch in andern als in den unter 1 bezeichneten Dimensionen bei einer Konventionalstrafe von 5000 Fr. ausschließlich von dieser Fabrik beziehen."

C. Die Klägerin berichtete am 12. November, sie werde bemüht sein, die größern Pressen vor den kleinern abzuliefern und habe deßhalb der Gießerei entsprechende Anweisung ertheilt. Am 26. November theilte sie mit, die Lieferung der großen Pressen werde mit Neujahr erfolgen, worauf der Beklagte unterm 8. Dezember erklärte, angesichts seines für die bevorstehende Weihnachtszeit geringen Lagers von ca. 40 Stück werde er noch telegraphisch eine Sendung in Amerika bestellen. Am 24. Dezember schrieb er aber, die avisirte Sendung von Philadelphia sei laut soeben erhaltener Depesche durch Schiffbruch untergegangen, bevor er eine neue erhalte, daure es über drei Wochen, er sei in Gefahr, inzwischen seine Kunden zu verlieren und bitte daher die Klägerin um Anzeige, ob sie ihm nicht sofort 100 Stück *kleine* Pressen und je 20 Stück größere senden könne.

Die Klägerin antwortete am 26. Dezember. Von den kleinern Pressen habe sie für 23 Stück Gußtheile, welche sofort zusammengesetzt werden. Weitere Gußtheile werden nächste Woche eintreffen, sodaß sie bald mehr liefern könne. Das Werkzeug für die größern Pressen sei ebenfalls in der Arbeit. „Dagegen kommen dieselben wegen den Gußstücken höher zu stehen, als wir angenommen haben. Näheres können wir Ihnen aber erst später, nachdem eine Parthie fertig gestellt ist, mittheilen."

Am 29. Dezember drängte der Beklagte auf sofortige Versendung der avisirten 23 Pressen, bemerkt, daß der Aufschlag bei den großen Instrumenten nicht von Belang sein dürfe und frägt an, ob Klägerin die Lieferung von 100 Pressen mit Hacken, jedoch in der Breite $1^1/_2$ cm größer als laut Vertrag, welche Parthie ihm bestellt sei, zum Preise von 1 Fr. 60 übernehmen wolle. Die Klägerin lehnte letzeres mit Brief vom 30. Dezember ab, avisirte dagegen den demnächstigen Abgang der in Arbeit befindlichen Pressen und bemerkte endlich: „Was den Preis anbelangt, so müssen wir sehen, daß wir die Gußstücke aus dem Auslande beziehen können, hier sind dieselben zu theuer und an der Arbeit können wir nichts mehr ersparen."

Unterm 9. Januar 1886 stellte die Klägerin dem Beklagten Factur zu über gleichzeitig versandte 20 kleinere Pressen à 1 Fr. 60 im Betrag von 38 Fr. 40 und schrieb am 11. Januar, sie habe an den Modellen einige Aenderungen vornehmen müssen, weil dieselben nicht ganz passende Abgüsse geliefert haben; bis zur Fertigstellung weiterer Abgüsse werden daher immer noch 4 Wochen verstreichen. Bei der zweiten Größe seien die Werkzeuge nahezu fertig, ob auch an diesen Modellen Aenderungen vorgenommen werden müssen, könne erst bei Herstellung der einzelnen Theile gesagt werden. Klägerin thue ihr Möglichstes für baldige Lieferung.

Am 14. Januar sandte der Beklagte an den Facturabetrag von 38 Fr. 40 eine Rimesse von 36 Fr. und drückte seine Hoffnung auf baldigsten Empfang der beiden größern Sorten aus. Mit Brief vom 26. Januar bemerkte der Beklagte, wenn ihm Klägerin nicht umgehend je 50 Stück von den größern Sorten sende, so müsse er solche von auswärts kommen lassen, da er nicht länger warten könne und erhielt am 27. gl. Mts. zur Antwort, die mittlern Pressen seien beim Fertigmachen und können in wenigen Tagen zum Versandt kommen. Mit Brief vom 29. Jenner fragte der Beklagte an, wie viel von den kleinen Pressen fertig und wie viele in Arbeit seien und geliefert werden können, ferner, ob die größte Sorte noch nicht in Angriff genommen sei. Von den mittlern Pressen bitte er zu senden, was fertig sei. Letztern Auftrag wiederholte er dann mit Brief vom 15. Februar, beifügend, er sehe umgehender Factur entgegen.

Die Klägerin zeigte ihm am 16. gl. Mts. an, sie werde ungesäumt eine Sendung mittelgrosser Pressen abgehen lassen: „Dieselben stellen sich aber erheblich theurer als wir kalkulirt hatten und zwar wegen der Gußstücke. Wir werden genöthigt sein, dieselben

im Auslande anfertigen zu lassen, denn wir werden nicht nur einen billigern Preis anlegen müssen, sondern hoffentlich auch bessern Guß erhalten; der hiesige Guß ist so porös und schlecht, daß es trotz aller Mühe nicht möglich ist, ein sauberes Stück herzustellen." Die grossen Pressen seien ebenfalls in Arbeit, es fehle aber noch ein Werkzeug dazu, das beim Härten gesprungen sei und zunächst ersetzt werden müsse.

Am 17. Februar sandte dann die Klägerin mit Factur 76 mittelgrosse Pressen à 2 Fr. 80, zusammen 212 Fr. 80.

Unterm 21. Februar schrieb der Beklagte: „Die facturirten Pressen sind soeben eingetroffen und zu meiner vollen Befriedigung ausgefallen, denn diese Form gefällt mir sehr gut; in der Berechnung ist aber ein Fehler, denn diese Sorte offerirten Sie mir à 2 Fr. 10, weßhalb eine Differenz von 70 Rp. entsteht und bitte daher um Abänderung der Factur." „Wenn Sie mir von der dritten Sorte nur eben so viel wie von der gesandten zweiten senden könnten, so wäre es mir angenehm, da ich schon vor einigen Monaten ca. 60 Stück verkauft habe und abliefern sollte."

Die Klägerin erwiderte unterm 22. Februar: „In unserm Vertrage ist stipulirt, daß wir denjenigen Betrag, welchen die Gußtheile mehr kosten würden als wir unserer Berechnung zu Grunde gelegt haben, dem Preise der fertigen Pressen hinzufügen können. Dieselben haben sich, wie Ihnen auch schon mitgetheilt, theurer gestellt und zwar die mittlern Pressen um 70 Rp., welche demnach mit Recht zu diesem Preise geschlagen wurden."

Der Beklagte antwortete am 24. Februar: „Ich könnte für die Zukunft nicht mehr für die Pressen anlegen als wie im Vertrage stipulirt." Gleichzeitig übersandte er zur Reglirung der Factur vom 17. Februar eine Rimesse von 212 Fr. Unterm 19. März ersuchte der Beklagte sodann um Absendung von 50—60 Stück kleiner Pressen und drückte die Hoffnung aus, in den Besitz einer Parthie großer Pressen baldigst zu gelangen.

D. Am 1. April, als er noch nichts erhalten hatte, schrieb er der Klägerin: „Ich habe immer auf Zusendung der Ihnen bestellten 60 kleinen Pressen gewartet, jedoch bis zur Stunde vergebens und Sie werden wohl selbst einsehen, daß eine solche saumselige Lieferung mir nicht dienen kann, denn ich würde mit der Zeit meine ganze Kundschaft verlieren. Ich sehe mich daher veranlaßt, Ihnen den Vertrag als aufgehoben zurückzugeben, um dessen Bestätigung Sie bitte."

Die Klägerin sandte ihm indeß unterm 6. April das beigelegte Vertragsexemplar zurück und erklärte: „Wir haben Ihnen noch nicht formell angezeigt, daß wir die Lieferung voll aufnehmen können, sondern Sie im Gegentheil von den entgegenstehenden Schwierigkeiten unterrichtet. Wir sind bestrebt, die Lieferung möglichst zu beschleunigen und haben dieß auch bisher schon gethan."

Der Beklagte schrieb jedoch unterm 8. April: „Ich bestätige Ihnen den Inhalt meines Briefes vom 1. mit Gegenwärtigem noch einmal, nach welchem ich den mir mit Ihrer Zuschrift vom gestrigen Tage zurückgesandten Vertrag als erloschen erklärte. Da der Guß von den letztgesandten Pressen nicht gut ist und die meisten sich biegen lassen, so wurden mir in den letzten 8 Tagen über 32 Stück zurükgesandt und erleide einen schönen Schaden daran."

Die Klägerin bestätigte ihrerseits unterm 9. April ihren Brief vom 7. gl. Mts. und hielt fest am Vertrag.

E. Mit Factur vom 30. April sandte sie dem Beklagten 120 Stück große Pressen zu 3 Fr. 95, 48 mittlere zu 2 Fr. 80 und 61 kleine zu 1 Fr. 60, *Gesammtbetrag 706 Fr.*, und sodann am 6. Mai 77 große und 48 kleine im Gesammtbetrag von *438 Fr. 55.*

Der Beklagte verweigerte jedoch der Eisenbahn gegenüber die Annahme dieser Sendungen. Auf bezüglichen Avis forderte ihn die Klägerin unterm 7. Mai auf, dieselben ohne weiteres zu beziehen, ansonst sie Klage anhängig machen werde. Gleichzeitig zeigte sie dem Beklagten an, daß sie nun regelmäßig liefern könne mit einer Lieferzeit von 6 bis 8 Wochen. Da der Beklagte nicht antwortete, aber bei seiner Annahmeverweigerung blieb, ließ Klägerin die Waare, um Kosten und Lagerspesen zu vermeiden, nach Zug zurücksenden. Hievon gab sie dem Be-

klagten mit Brief vom 14. Mai Kenntniß, erklärend, daß die Waare zu seiner Verfügung stehe, daß sie nun aber mit der Forderung ans Gericht gelangen werde. Der Beklagte aber sah lediglich dem nun folgenden Prozesse entgegen.

F. Die Klägerin verlangt nun mit der ersten Streitfrage den Kaufpreis ihrer Waarensendungen vom 30. April und 6. Mai von 706 Fr. und 438 Fr. 55, zusammen 1144 Fr. 55 Rp., sowie der unbezahlt gebliebenen Restanzen an den Facturen vom 19. Jenner und 17. Februar, nämlich 2 Fr. 40 und 80 Rp., zusammen 3 Fr. 20, im Ganzen 1147 Fr. 75. Gemäß der zweiten Rechtsfrage verlangt sie in erster Linie, daß gerichtlich festgestellt werde, der Beklagte sei pflichtig, den Lieferungsvertrag vom 7./11. November 1885 als rechtsbeständig und für ihn verbindlich anzuerkennen und denselben zu erfüllen, eventuell aber, für den Fall weiterer Nichterfüllung desselben, daß er zur Zahlung von 5000 Frkn. als Konventionalstrafe verpflichtet werde.

G. Der Beklagte wendet gegenüber dem ersten Rechtsbegehren ein:

1. Klägerin könne erst Zahlung des Kaufpreises „als Vertragserfüllung“ verlangen, wenn sie zu solcher auch ihrerseits und zwar durch Anbietung der Waare an seinem Wohnort bereit sei, diese Voraussetzung aber mangle, weil Klägerin die Waare wieder einseitig nach Zug zurückgezogen habe.

2. Die Lieferung der Waare sei verspätet, da verstanden gewesen sei, daß die Klägerin den ganzen Bedarf des Beklagten decken müsse und speziell die ersten Lieferungen schon im November bis Januar hätten stattfinden sollen, jedenfalls aber vor der Saison des Artikels, die in den Frühling falle.

3. Die streitigen Lieferungen seien mit Bezug auf die Zahl und die Sorten der Stücke nicht bestellungsgemäß, höchstens 76 mittelgroße und 50 bis 60 kleine Pressen haben am 30. April und 6. Mai als bestellt angesehen werden hönnen.

4. Die Waare leide an erheblichen Mängeln, welche deren Rückbietung rechtfertige. Das Gußmetall sei zu weich und porös, weßhalb sich die betreffenden Theile krümmen und das Werkzeug unbrauchbar machen. Die Verzinnung sei schmutzig und grau und die Waare überhaupt unsorgfältig und nicht sauber gearbeitet. An sämmtlichen Pressen fehlen die Hacken zum Einsetzen derselben. Ueberall mangle der Firmastempel des Beklagten und endlich fehlen die Gebrauchsanweisungen. Der Beklagte producirt unter Anderm eine Reihe Reklamationsschreiben seiner Kunden aus den Monaten März bis Juli und August 1886, womit diese theilweise unter Rücksendung der Pressen behaupten, daß dieselben sich beim Gebrauche verbogen haben und daher unbrauchbar seien. Die Klägerin bestreitet, daß die Waare nicht vertragsgemäß sei und erhebt übrigens die Replik der Verwirkung jeder Mängelrüge in Folge verspäteter Geltendmachung derselben. Zur Beilegung von Gebrauchsanweisungen sei sie bereit.

5. Die facturirten Preisansätze stehen mit § 1 des Vertrages im Widerspruch, es werden eventuell für die mittlern Pressen nur 2 Fr. 10 statt 2 Fr. 80 und für die großen nur 2 Fr. 80 statt 3 Fr. 95 per Stück anerkannt.

H. Dem Rechtsbegehren II der Hauptklage gegenüber, welches in erster Linie auf Anerkennung der Fortdauer und Rechtsverbindlichkeit des Vertrages vom 7./11. November 1885 geht, wendet der Beklagte ein, Klägerin habe diesen Anspruch deßhalb nicht, weil sie ihrerseits nicht im Stande sei, den Vertrag zu erfüllen, indem es ihr nicht gelungen sei und nicht gelingen werde, die Pressen in vertragsgemäßer Qualität zu den verabredeten Preisen zu liefern. Der Hauptbestandtheil der Presse sei der aus Guß erstellte, das der Klägerin bisher hiefür zur Verwendung gestandene Material sei aber zu weich und porös und daher unbrauchbar. Die Herstellung richtigen Gußes sei Fabrikgeheimniß und da die Klägerin letzteres oder dann den Guß selbst theuer erkaufen müßte, so könnte sie die Lieferung richtiger Waare nicht zu den vertragsmässigen Preisen effectuiren.

I. Durch Rechtsfrage I der Widerklage fordert der Beklagte und Widerkläger von der Klägerin und Widerbeklagten 4000 Fr. Schadensersatz für ihre Nichthaltung des mehrerwähnten Vertrages und begründet dieß

Folgendermassen: Erstens sei ihm ein Schaden von 200 Fr. dadurch entstanden, daß ihm 40 Stück Pressen von den beiden ersten Lieferungen der Klägerin durch seine Kunden wegen Untauglichkeit in Folge zu weicher Beschaffenheit der Gußbestandtheile zurückgesandt worden seien. Zweitens sei ihm in Folge Nichterfüllung des Vertrages durch die Klägerin ein Jahresgewinn von 4000 Frkn. entgangen, indem er ohne dieß 8000 Stück Pressen verkauft und an jedem Stück 50 Rp. verdient haben würde. Endlich sei er in Folge der mangelhaften Qualität der gelieferten Waare von der Konkurrenz überhaupt aus dem Felde geschlagen worden. Die Klägerin bestreitet den Anspruch grundsätzlich, sodann bezüglich des Fundamentes der einzelnen Factoren und endlich im Quantitativ.

K. Rechtsbegehren II der Widerklage geht auf Zahlung von 5000 Fr. als Konventionalstrafe wegen Uebertretung von Art. 3 des streitigen Vertrages. Dieser Anspruch wird nur eventuell für den Fall der Gutheissung des klägerischen Begehrens auf Verbindlicherklärung des Vertrages gestellt. Die Begründung ist folgende: Klägerin und Widerbeklagte habe die in § 3 des Vertrages unter Androhung einer Konventionalstrafe in der Höhe des eingeklagten Betrages bestimmte Pflicht verletzt, die Pressen an Dritte nicht zu niedrigern als den zu vereinbarenden Minimalpreisen zu verkaufen. Letztere seien gemäß der Correspondenz auf 4 Fr. 70 für mittlere und 6 Fr. 60 für die großen Pressen festzusetzen, da die am 4. November 1885 genannten Ansätze von 4 Fr. 50, 5 Fr. 90 und 8 Fr. 50, welche auf den im Vertrage bezifferten Preisen beruhen, nachdem Letztere seither erhöht worden, ebenfalls entsprechend gesteigert werden müssen. Zum Beweise dafür, daß diese Minimalpreise für Dritte Seitens der Klägerin nicht eingehalten worden seien, legt der Beklagte ein vom 5. August 1886 datirtes Schreiben der Klägerin an Fr. Iunod in Basel vor, worin dieselbe, nachdem sie zunächst dem Bedauern Ausdruck gegeben, wegen ihrer Gebundenheit an den Vertrag heine Lieferungen von Pressen machen zu können, in einer Nachschrift eine Lieferungsofferte stellt zu den Preisen von 2 Fr. 70 für die kleinen, 3 Fr. 50 für die mittlern und 4 Fr. 70 für die großen Pressen. Unterm 20. Juni 1886 dagegen hatte die Klägerin an Scheitlin und Friedrich in St. Gallen laut einem vom Beklagten ebenfalls producirten Schreiben derselben die Preise von 2 Fr. 70, 4 Fr. 70 und 6 Fr. 60 offerirt. Die Klägerin bestreitet den Anspruch nach allen Richtungen.

Entscheidungsgründe:

1. Gegenüber dem ersten Rechtsbegehren der Klage, das auf Zahlung des Kaufpreises für die Lieferungen vom 30. April und 6. Mai 1886 gerichtet ist, wird die Einrede gestellt, die Klägerin als Verkäuferin der Waare habe selbst ihre Vertragspflicht nicht erfüllt, jene dem Beklagten an seinem Wohnorte anzubieten. Es ist richtig, daß letzterer Ort, nämlich Zürich, als Erfüllungsort zu betrachten ist, die Waare aber in Zug liegt, dort allerdings dem Beklagten zu freier Verfügung gestellt ist. Klägerin replizirt aber, sie sei ihrer Verpflichtung, das reale Erfüllungsanerbieten fortdauern zu lassen oder zu erneuern enthoben, weil der Beklagte sich gegenüber der früher an seinem Wohnorte und wie später noch auszuführen sein wird, rechtzeitig erfolgten Realoblation im Verzug befinde. Letzterer wurde nun in der That dadurch bewirkt, daß der Beklagte die Annahme der Waare verweigerte, und zwar ohne Grund, indem er hiebei, soweit aus den Akten erhellt, überhaupt keinen solchen angab und übrigens auch keinen hatte, wie sich aus unten stehenden Erörterungen ergeben soll. (Art. 106 des Obl.-R.) Angesichts dieses Verzuges brauchte die Klägerin nicht etwa weiterhin, und so lange der Beklagte seine Weigerung fortsetzen würde, demselben die Waare anzubieten, sondern konnte sich gemäß Art. 107 des Obl.-R. von ihrer Verbindlichkeit durch Hinterlegung der Waare auf Gefahr und Kosten des Beklagten befreien. Statt dessen nahm sie solche zurück nach Zug, um sie hier dem Gläubiger zur Verfügung zu halten. Dieses Verfahren bietet indes dem Beklagten insofern die gleichen Garantien, wie die ihm durch die Vorschrift der Hinterlegung zugesicherten, als die Aufbewahrung an sicherm Orte und in der Meinung geschah, daß dieselbe zur Disposition des Beklagten statt-

finde und es war daher damit wohl der Absicht des Gesetzes Genüge gethan. (Siehe Art. 475 ff. des Obl.-R.) Wenn die Klägerin in der Absicht, dem Beklagten Kosten zu ersparen, in genannter Weise verfuhr, so kann ihr dies also nur etwa insofern schaden, als sie Gefahr läuft, daß ihr s. Z. bei Abnahme der Waare deren Identität und Unversehrtheit bestritten und sie dafür den Beweis zu erbringen haben werde; die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aber ist unstichhaltig. (Siehe ferner die bei Fuchsberger zu Art. 343 des deutschen Hand.-Ges.-B. erwähnten Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichtes.)

2. Zweitens erhebt der Beklagte den Einwand der Verspätung, in der Meinung, daß das Lieferungsanerbieten der Klägerin aus diesem Grunde ihrer Vertragspflicht durchaus nicht entspreche, so daß er seinerseits an den Kauf nicht gebunden sei. Dies kann in zweierlei Weise verstanden werden, zunächst bezüglich der beiden konkreten in Frage stehenden Bestellungen und sodann auch dahin, daß wegen Verspätung der Lieferungen im allgemeinen die Gebundenheit des Beklagten an den Vertrag und damit auch an die streitigen Bestellungen aufhöre; letzterer Standpunkt ist vom Beklagten in seinen Briefen vom 1. und 7. April erklärt worden. Es liegt darin die Behauptung eines den Beklagten befreienden Verzuges der Klägerin, als der Schuldnerin (Art. 122 des O.-R.). Der Eintritt des Verzuges ist jedoch bei Kauf, als einem zweiseitigen Vertrage, nach Art. 122 des O.-R. an die Voraussetzung geknüpft, daß der Gläubiger dem Schuldner zunächst eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung angesetzt habe oder durch die zuständige Behörde habe ansetzen lassen, mit der Androhung, daß mit Ablauf der Frist der Vertrag, sei es im ganzen, sei es bezüglich der betreffenden Bestellungen, aufgelöst sei, sowie, daß diese Frist nutzlos abgelaufen sei. An diesem Erforderniß fehlt es nun hier. Eine Ausnahme hievon ist allerdings gemäß Art. 123 für sog. „Fixgeschäfte" getroffen, ein solches wird aber im vorliegenden Falle offenbar nicht im Ernste behauptet und wäre ebenfalls zu verneinen.

Der Vorwurf der Verspätung erscheint zudem als thatsächlich unbegründet. Im allgemeinen ist zu bemerken, daß Beklagter je wußte, daß die Fabrikation der Gemüsepressen für das Etablissement der Klägerin ein ganz neuer Fabrikationszweig war, und daß in Folge dessen, wegen der erst erforderlichen Einrichtungen, bezüglich des Bezuges der Materialien, Herstellung von Modellen und Werkzeugen und wohl auch Einübung der Arbeiter eine gewisse Zeit bis zur Lieferung verstreichen werde. Daß die Klägerin dabei durch Nachlässigkeit eine durch die Umstände nicht begründete Verzögeruug verursacht habe, ist nun jedenfalls nicht bewiesen. Auf die bezüglichen Vorwürfe des Beklagten kann zudem um so weniger Gewicht gelegt werden, als die Klägerin sich in § 3 des Vertrages jeder Verantwortlichkeit für eine bestimmte Lieferzeit, so lange sie dem Beklagten nicht ihre volle Lieferungsbereitschaft angezeigt haben würde, ausdrücklich entschlagen hat, diese Anzeige aber erst am 7. Mai 1886, also nach den angefochtenen Lieferungen erfolgte. Es kann auch nicht in der spätern Korrespondenz der Parteien eine Abänderung dieser Vertragsbestimmung etwa in dem Sinne gefunden werden, daß die Klägerin für einzelne Lieferungen, namentlich die streitigen, eine Lieferfrist eingegangen hätte. Der Beklagte drängte zwar in seinen Briefen stets auf Beförderung der Lieferungen, unter Hinweis auf seinen geringen Vorrath und die daraus für ihn entstehende Verlegenheit; in seiner ersten Bestellung vom 18. Oktober 1885 bestimmte er auch wirklich eine Lieferzeit; allein die Klägerin lehnte dies sofort ab, und nahm in der Folgezeit überall den Standpunkt ein, daß sie lediglich möglichst bald, jedoch ohne bestimmten Termin liefern werde und hiemit zeigte sich dann auch der Beklagte einverstanden. (Briefe desselben vom 23. Oktober, 11. November, 14. und 29. Januar, 21. Februar, 10. März.)

3. Eine weitere Einrede des Beklagten geht dahin, die beiden Sendungen vom 30. April und 6. Mai seien bezüglich der Zahl der gelieferten Stücke und der Sorten nicht bestellungsgemäß, indem höchstens 76 mittelgroße und 50 bis 60 Stück kleine Pressen

bestellt gewesen seien. Dieser Einwand könnte bei thatsächlicher Richtigkeit den Beklagten nur berechtigen, die nicht bestellten Sorten und Stücke zurückzuweisen, da lediglich Waaren einer bestimmten Gattung, nicht individuell bestimmte Sachen, Gegenstand des Kaufes waren. Derselbe erweist sich aber nach den Akten als unbegründet. Ursprünglich, am 18. Oktober, bestellte der Beklagte 600 Stück kleine und je 150 Stück mittlere und große Pressen, änderte diese Zahl aber am 21. gl. Mts. auf 300 Stück bei der kleinen Sorte ab mit dem Wunsche um Lieferung in gleichen Raten während der Monate November bis Januar. Nachdem dann die Klägerin unter Hinweis darauf, daß sie zu den Lieferungen nicht sobald bereit sein werde, dem Beklagten gerathen hatte, seinen Vorrath vorerst noch durch Bestellungen in Amerika zu ergänzen und letzteres in der That vom Beklagten versucht, aber in Folge Unterganges der Sendung mißlungen war, richtete sich die Korrespondenz ohne weitere Erwähnung des Umfanges der Bestellung auf den vom Beklagten dringlich erhobenen Wunsch, möglichst bald in den Besitz wenigstens *einer Parthie* Pressen zu kommen, und in Folge dessen wurden ihm zunächst am 9. Januar 20 kleine Pressen gesandt. Der Beklagte drängte dann wiederholt auf baldigste Ablieferung von Pressen der beiden größern Sorten; am 29. Januar fragte er an, wie viele Pressen von den kleinen und wie viele der größten Sorte in Arbeit seien, von der mittlern Sorte bat er zu senden, was fertig sei, und letzteres wiederholte er am 18. Febr. Folgenden Tages wurden ihm dann 76 Stück von dieser Sorte gesandt, von den großen Pressen aus dem Grunde keine, weil ein zu deren Fabrikation nöthiges Werkzeug beim Härten gesprungen war. Am 21. Februar schrieb daher der Beklagte, es wäre ihm angenehm, nun von der dritten Sorte soviel wie von der zweiten zu erhalten, also 76 Stück, und am 10. März ersuchte er um Absendung von 50 bis 60 Stück kleine Pressen, gleichzeitig die Hoffnung aussprechend, baldigst eine Parthie große Pressen zu bekommen. Hieraus erhellt, daß die Bestellung vom 21. Oktober nie aufgehoben wurde, wozu es übrigens auch der Einwilligung der Klägerin bedurft hätte, ferner, daß, soweit späterhin speziell von 76 Pressen mittelgroßer und 50 bis 60 Stück kleiner Sorte die Rede war, dies nur die Reihenfolge und Zeit der Ablieferung der verschiedenen Sorten betraf, wohl aber der Beklagte gemäß seinem Schreiben vom 29. Januar zum voraus seine Einwilligung dazu gab, daß die Klägerin ihm von der mittelgroßen Sorte überhaupt so viele Stücke sende als fertig seien, und endlich, daß seine Meinung überhaupt die war, man möge ihm von den größern Sorten bis auf weiteres so viel als möglich senden. Somit kann derselbe sich jedenfalls bei den letztern Sorten über die gesandte Stückzahl nicht beschweren, hinsichtlich der kleinen Sorte aber bleibt die geliefert(erte) Zahl sogar hinter dem Auftrag zurück.

4. Weiterhin erhebt der Beklagte die Einrede der Wandelung des Kaufes, eventuell der Minderung des Preises wegen vertragswidriger Beschaffenheit und Ausstattung der Waare. Allein mit diesen Ansprüchen ist der Beklagte nicht zu hören, weil er versäumt hat, die ihm angebotene Waare entgegen zu nehmen, zu untersuchen und daraufhin die Mängelrüge dem Verkäufer anzuzeigen. Dieses Verfahren war dem Beklagten durch Art. 246 des Obl.-R. zur Pflicht gemacht, er unterließ dasselbe, weil er sich an den Vertrag nicht mehr gebunden glaubte. Es gehört indes zu den fundamentalen Sätzen des Handelsrechts, daß wer die ihm offen stehende Untersuchung und die Anzeige der Mängel versäumt, dies auf seine Gefahr hin thut, indem er in Folge dessen mit spätern Mängelrügen ausgeschlossen ist. Nun kann aber offenbar davon nicht die Rede sein, daß der Beklagte von dieser Pflicht entbunden gewesen sei, wenn er wegen wirklicher oder vermeintlicher Fehler der frühern Lieferungen die Ansicht hatte, die Waare sei mit Mängeln behaftet; denn nicht bloß sind letztere Mängel keineswegs festgestellt, sondern es wäre durch dieselben selbstverständlich absolut keine Gewißheit für deren Wiederholung bei den streitigen Lieferungen, die hier selbstverständlich einzig in Betracht kommen können, gegeben gewesen. — Von jener Regel läßt Art. 246 des Obl.-R. fi[illegible]

solche Mängel der Waare eine Ausnahme zu, welche auch bei einer übungsgemäßen Untersuchung nicht hätten entdeckt werden können. Es könnte sich fragen, ob ein solcher Mangel in der vom Beklagten behaupteten unrichtigen Beschaffenheit des Gußmetalles an den Pressen und dem dadurch bedingten Fehler in der Widerstandsfähigkeit desselben gegen den zum Gebrauche benöthigten Druck zu erblicken wäre; dies dürfte aber zu verneinen sein, da der Beklagte nach seiner eigenen Darstellung auf die Möglichkeit dieses Mangels aufmerksam gemacht war, und es wohl lediglich des Gebrauches einiger Stücke bedurfte, um sich in dieser Hinsicht Gewißheit zu verschaffen. Diese Frage braucht indes hier nicht entschieden zu werden; denn der Beklagte hat nicht bloß das in Art. 246 des O.-R. vorgeschriebene Verfahren versäumt, sondern überhaupt die Annahme der Waare rundweg verweigert, damit aber die Klägerin, welche weiterhin die ihr nach Art. 107 des O.-R. unter diesen Umständen lediglich obliegende Verwahrungspflicht, wie in Erwäg. 1 ausgeführt wurde, erfüllt, von ihrer Verbindlichkeit überhaupt befreit. — Aus dem Gesagten folgt endlich, daß der Beklagte auch bezüglich der an den Pressen anzubringenden Hacken, sowie hinsichtlich der Firmastempel und der beizulegenden Gebrauchsanweisungen weder die Minderungseinrede, noch den Anspruch auf Verbesserung des Mangels hat. Es ist daher an dieser Stelle lediglich Vormerk davon zu nehmen, daß die Klägerin heute neben dem Anerbieten, die Pressen zukünftig mit Hacken versehen zu liefern, ausdrücklich versprochen hat, zu den gelieferten bezw. zur Verfügung gestellten Pressen noch Gebrauchsanweisungen beizubringen und daher hiezu verpflichtet ist. Einer Feststellung dieser Verbindlichkeit im Dispositiv des Urtheils bedarf es wohl nicht. — Nach diesen Ausführungen ist der Beklagte pflichtig, den vereinbarten Preis der streitigen Lieferungen vom 30. April und 7. Mai d. J. an die Klägerin zu bezahlen, selbstverständlich nur gegen Uebergabe der Waare, Zug um Zug.

5. Der von der Klägerin geforderte Preis ist jedoch nur für die Pressen kleinster Sorte, welche mit Fr. 1. 60 das Stück berechnet wurden, anerkannt, im übrigen aber bestritten, indem der Beklagte für die mittelgroßen Pressen statt des verlangten Einheitspreises von Fr. 2. 80 nur einen solchen von Fr. 2. 10 und für die großen Pressen statt Fr. 3. 95, wie facturirt, nur Fr. 2. 80 bezahlen will. — Der Beklagte stützt seine Bestreitung, die natürlich nicht verspätet ist, auf § 1 des Lieferungsvertrages, wo die von ihm behaupteten Preise vereinbart seien; Klägerin dagegen leitet ihr Recht auf die geforderten höhern Preise aus der in gleicher Vertragsbestimmung enthaltenen Bezugnahme der Preise auf die damaligen Rohmaterialpreise und das ihr vorbehaltene Recht zur Preiserhöhung „entsprechend höhern Materialpreisen“ ab, indem sie darunter, mit Berufung auf die Korrespondenz, die Preise der Gußbestandtheile der Pressen verstehen will, die zunächst nur approximativ bestimmt worden seien, und sich später höher, als beim Vertragsschluß vorausgesetzt worden, herausgestellt haben. — Es ist nun richtig, daß die Korrespondenz, welche dem Abschlusse des Vertrages voranging, in der That der klägerischen Auffassungsweise Ausdruck giebt. Schon im Briefe vom 18. September macht die Klägerin, um ihre Preise angefragt, diese von ihrer Information über den Preis, den sie selbst für die im Auslande zu beziehenden Gußtheile bezahlen müsse, abhängig, und noch deutlicher geschieht dies in ihrem Briefe vom 17. Oktober, wo die vorläufig genannten Preise der beiden größern Sorten ausdrücklich als bloß „approximativ“ bezeichnet sind, und ausgeführt wird, der Lieferant der Gußtheile behaupte, keinen Preis machen zu können, bevor er mehrere Stücke angefertigt habe, wenn er also der Klägerin mehr verlange, als sie angenommen habe, so müsse sie das eben zum obigen Preise hinzuschlagen und umgekehrt. — Allein diese erste Auffassung der Klägerin entspricht dem später erklärten Vertragswillen nicht. Für letztern ist offenbar die zum Zwecke seiner Feststellung abgefaßte Vertragsurkunde entscheidend. Hienach wurden die im Vertrag bezifferten Preise angesetzt „auf Grund der gegenwärtigen *Roh*materialpreise“. Hierunter konnten aber offenbar nur die damals im Markte geltenden Preise der erforderlichen Metalle verstanden

werden; denn ausschließlich aus solchen waren die Pressen zu erstellen, — und nicht etwa die Preise gewisser, das Resultat menschlicher Kunst und Arbeit bildenden Metallmischungen. Letztere sind ja im Gegensatz zum Rohmaterial als Halbfabrikate zu bezeichnen, und hätte man den Preis der Gußstücke als Maßstab betrachtet, so wäre ohne weiteres auf diesen Bezug genommen worden. Diese Bezeichnung der Rohmaterialien als Grundlage der Preisansätze kann nun nicht damit angezweifelt werden, daß der beigefügte Vorbehalt einer Veränderung jener Ansätze statt an die Nennung der Rohmaterial- lediglich an die der höheren «*Materialpreise*» anschließt, da es sich hier offenbar um die Wiederholung des frühern Ausdruckes handelt, der den *Maassstab* der Preisbemessung bezeichnet. Ferner muß gesagt werden, daß die vom Beklagten behauptete Auffassung die allein vernünftige ist, denn sie entspricht dem Bedürfniß, die Preise den für die Lieferung überhaupt und objektiv maßgebenden Bedingungen bezüglich Erhältlichmachung der ersten Materien anzupassen, während eine Normirung auf Grund der mehr zufälligen Preise, welche die Klägerin für die Gußstücke zahlen würde, den Beklagten ganz von der Fähigkeit dieser, den Guß selbst zu fabriziren, bezw. von dem Maß des von ihr aufzuwendenden Fleißes bei Ankauf desselben, ja sogar von ihrer Willkür abhängig gemacht hätte. Hiemit steht keineswegs im Widerspruch, daß der Beklagte, wie aus der Korrespondenz allerdings hervorgeht, es billigte, daß die Klägerin die Gußbestandtheile ihrerseits kaufte, gegentheils konnte ihm gerade bei seiner Interpretation dies gleichgültig sein. — Als unrichtig erscheint sodann auch die Behauptung der Klägerin, daß die von ihr angegebene Vertragsmeinung durch die *spätere* Korrespondenz vereinbart oder bekundet worden sei. Allerdings berechnete die Klägerin bei ihrer Sendung vom 16. Februar die mittelgroßen Pressen mit Fr. 2. 80 Rp., unter Berufung darauf, daß die Gußstücke sie höher als vorausgesetzt zu stehen gekommen seien und bezahlte der Beklagte schließlich den genannten höhern Preis. Allein er that dies nicht unter Anerkennung des letztern, sondern mit ausdrücklicher Bestreitung desselben, indem er in seinem Briefe vom 21. Februar die klägerische Preisberechnung als fehlerhaft und um 70 Rp. übersetzt erklärte, Abänderung der Factur verlangte und später, als er diese dennoch reglirte, der Klägerin ausdrücklich anzeigte, daß er in Zukunft nur die im Vertrage stipulirten Preise anlegen werde. — Demnach hätte die Klägerin, um den mit der Klage verlangten Kaufpreis fordern zu können, den Beweis dafür zu leisten, daß die Preise des Rohmaterials seit dem 7./11. November 1885 gestiegen seien, und zwar in einem der Erhöhung des nun für die Pressen geforderten Preise entsprechenden Verhältnisse, sie hat aber ein Steigen jener Preise nicht behauptet, ja nicht einmal die gegnerische Behauptung eines Sinkens derselbens bestritten.

Demgemäß berechnet sich die Kaufpreisforderung der Klägerin folgendermaßen:

		Fr.	Fr.
Sendung vom 30. April.			
61	Stück kleine Pressen	à 1. 60	97. 60
48	„ mittlere „	à 2. 10	100. 80
120	„ große „	à 2. 80	336. —
Sendung vom 6. Mai.			
48	Stück mittlere Pressen	à 2. 10	100. 80
77	„ große „	à 2. 80	215. 60
		zusammen Fr.	*850. 80*

6. Im weitern fordert die Klägerin Fr. 3. 20 Cts. als unbestrittene Restanz der beiden Facturen vom 30. Januar und 16. Februar; indeß ist die vom Beklagten zur Kompensation in gleichem Betrage angemeldete Gegenforderung für zwei gesandte Musterpressen ebenfalls zu schützen, da die Leistung anerkannt wurde und für die Behauptung, daß dieselbe in der Meinung der Unentgeltlichkeit geschehen sei, nichts Erhebliches angeführt werden konnte.

7. Mit dem ersten Rechtsbegehren der zweiten Streitfrage verlangt die Klägerin gerichtliche Feststellung der fortdauernden Rechtsbeständigkeit des Vertrages vom 7./11. November 1885 und dessen Verbindlichkeit für den Beklagten. Diese Feststellungs- oder Anerkennungsklage ist zulässig, da der Beklagte durch seine Briefe vom 1. und 7. April

und sein seitheriges Verhalten jenen Vertrag als aufgehoben erklärt hat, worin seinerseits bei Rechtsbeständigkeit des Vertrages eine Verletzung desselben zu erblicken ist, gegenüber welcher die Klägerin daher auch ein rechtliches Interesse an der richterlichen Feststellung hat. — Die vom Beklagten in seinem Briefe vom 1. April als Grund der Vertragsauflösung aufgestellte Behauptung, daß die Klägerin mit ihren Lieferungen saumselig oder, rechtlich gesprochen, mit der Vertragserfüllung im Verzug sei, ist schon weiter oben als unrichtig nachgewiesen worden. — Ein größeres Gewicht legt der Beklagte heute auf den Einwand, Klägerin sei nicht im Stande, brauchbare Pressen zu liefern, namentlich nicht zu den im Vertrage vereinbarten Preisen. Für die Würdigung dieser Behauptung ist von wesentlicher Bedeutung, ob damit geltend gemacht werden will, die im Vertrag übernommene Leistung sei von Anfang an und objektiv, d. h. nicht bloß für die Klägerin, sondern überhaupt, körperlich unmöglich gewesen, oder lediglich, es sei dieselbe für die Klägerin speziell nach ihren individuellen Verhältnissen unmöglich. Denn im erstern Fall wäre der Vertrag gemäß Art. 17 des O.-R. nichtig, also für beide Parteien von Anfang an unverbindlich, und die Klägerin, welche sich auf den Vertrag beruft, hätte als bestrittene thatsächliche Grundlage desselben die physische Möglichkeit der Leistung zu beweisen. Im zweiten Falle dagegen wäre zu fragen, ob die Unmöglichkeit die Folge eines Verschuldens der Klägerin sei und sich in Folge dessen gemäß Art. 145 und 110/111 des Oblig.-R. in eine Schadensersatzforderung des Beklagten verwandelt habe; als solche qualifizirt sich dessen I. Widerklage. Darin ist demgemäß nicht sowohl eine Bestreitung des Zustandekommens des Vertrages enthalten, als vielmehr die Behauptung einer Verwandlung des in denselben niedergelegten Inhaltes in einen anderweitigen, und hiefür liegt offenbar dem Beklagten, der dies zum Titel seiner Ansprüche macht, der Beweis ob. — Es braucht nun nicht weiter begründet zu werden, daß der Sinn der beklagtischen Darstellung der letz- ist, der Beklagte bestätigt dies durch die Anstellung der I. Widerklage. Er hat daher zu beweisen, daß die Lieferung brauchbarer Pressen der Klägerin unmöglich sei. Hiezu würde aber offenbar gehören, daß letztere zu solcher mit keinen Mitteln im Stande sei. Dies scheint Beklagter nun selbst nicht einmal behaupten zu wollen, da er die Lieferungsunmöglichkeit eigentlich nur mit der Behauptung begründet, daß die Klägerin, um die Gußbestandtheile der Pressen richtig herzustellen, ihren eigenen Lieferanten dafür so theure Preise bezahlen müsse, daß sie dabei an den im Vertrage vereinbarten Preisen ihre Rechnung nicht finde. Damit giebt der Beklagte aber zu, daß die Mittel zur Vertragserfüllung für die Klägerin erhältlich gemacht werden können, welchen Aufwand aber Klägerin zu diesem Behufe machen müsse, geht den Beklagten überall Nichts an. — Der Einwand des Beklagten gegen seine Gebundenheit an den Inhalt des am 7./11. November 1885 abgeschlossenen Vertrages fällt somit dahin. — Hieraus folgt ohne weiteres der Anspruch der Klägerin auf Schutz bei dem ihr vom Beklagten im Schlußsatz von § 3 des Vertrages abgegebenen Versprechen auf Zahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 5000 für den Fall, als er sich ferner weigern würde, diesen Lieferungsvertrag zu halten. Vom Vorbehalt der Klägerin, den Beklagten überdies auf Zahlung des ihr durch die bisherige Nichterfüllung des Vertrages erwachsenen Schadens zu belangen, war lediglich am Protokoll Vormerk zu nehmen.

8. Mit Rechtsbegehren I der Widerklage verlangt der Beklagte und Widerkläger von der Klägerin Zahlung von Fr. 4000. Als Titel des Anspruchs bezeichnet er laut der Streitfrage die Verursachung von Schaden Seitens der Gegenpartei und zwar durch Nichterfüllung des streitigen Lieferungsvertrages. Letztere, behauptet er, sei deßhalb vom Richter anzunehmen, weil Klägerin und Widerbeklagte sich zur Erfüllung unfähig gezeigt habe. Weiter oben wurde indes die Unbegründetheit dieses Argumentes dargelegt, und hieraus ergiebt sich der Schluß, daß das Rechtsbegehren abzuweisen ist. — Der Beklagte und Widerkläger hat indes zum Nachweise, daß ihm durch die gegnerische Nicht-

erfüllung des Vertrages eine Einbuße von Fr. 4000 entstanden sei, neben der Behauptung eines entgangenen Gewinnes dieser Summe und einer nicht genau bezifferbaren weitern Schädigung in seinem Gewerbebetrieb noch angeführt, ein direkter Schaden von Fr. 200 sei ihm dadurch entstanden, daß 40 Stück der ihm von der Klägerin und Widerbeklagten unterm 30. Januar und 16. Febr. gelieferten Pressen ihm von seinen Abnehmern wegen Unbrauchbarkeit zurückgegeben worden seien und für diese, von der Gegenpartei bestrittene Behauptung hat er Beweise vorgelegt und weitere angeboten. Dieser Anspruch ist im weitern Sinne ebenfalls ein solcher aus Nichterfüllung oder ungenügender Erfüllung des streitigen Vertrages und es kann daher in demselben nicht etwa eine unzulässige Veränderung der Klage bezw. Widerklage gefunden werden. Derselbe erscheint aber als unbegründet, weil er verspätet ist. Derselbe hätte zur Voraussetzung, daß der Beklagte und Widerkläger sofort nach der Entdeckung des damit behaupteten Mangels der Gegenpartei nicht bloß davon Kenntniß gegeben, sondern zugleich angezeigt hätte, daß er aus diesem Grunde *die Lieferungen vom 30. Januar und 16. Februar beanstande.* Abgesehen davon, daß eines der vom Beklagten und Widerkläger vorgelegten Reklamationsschreiben seiner Kunden, nämlich Act. 59, vom 10. März 1885 datirt, und daher jedenfalls insoweit die Rügefrist des Widerklägers versäumt wäre, so fehlt es am zweiten Requisit; denn der Beklagte und Widerkläger erwähnte bei der Anzeige jener Reklamationen kein Wort davon, daß er die früher empfangenen, von ihm bezahlten und als geordnet erklärten Lieferungen hintenher beanstande, sondern erwähnte derselben lediglich mit als Grund seines Rücktrittes vom Vertrage, zum Nachweise der Lieferungsunfähigkeit der Klägerin, und es kann daher jene Rüge einzig bezüglich dieses Punktes rechtlich in Betracht fallen, worüber das Nöthige schon weiter oben ausgeführt wurde; dagegen geht es nicht an, gestützt auf dieselbe, auf die heutige nachträgliche Beanstandung jener Lieferungen einzutreten.

9. Mit Rechtsbegehren II der Widerklage verlangt der Beklagte und Widerkläger, daß gegen die Klägerin und Widerbeklagte der Schlußsatz von § 3 des Lieferungsvertrages angewendet und dieselbe zu einer Konventionalstrafe von Fr. 5000 verfällt werde, weil sie dem Verbot, an Drittpersonen Pressen zu niedrigern als den in der Korrespondenz vereinbarten Minimalpreisen zu verkaufen, zuwider gehandelt habe. Allein der Beklagte und Widerkläger ist nur im Falle, sich hiefür auf den Brief der Gegenpartei vom 5. August 1886 an Iunod in Basel zu berufen; dieser aber enthält kein Wort davon, daß mit dem Genannten ein Kauf abgeschlossen worden sei, was auch der Beklagte und Widerkläger nicht zu behaupten für nöthig hält, sondern bildet lediglich eine Verkaufsofferte, diese aber vermöchte nach dem klaren Wortlaute der Vertragsbestimmung keine Zuwiderhandlung hiegegen zu bewirken. Uebrigens waren die an Iunod offerirten Preise gerade die von der Klägerin mit Brief vom 8. Nov. 1885 proponirten und vom Beklagten am 11. gl. Mts. acceptirten Minimalpreise für Widerverkäufer. Allerdings fußte diese Feststetzung auf den im Vertrag bezifferten Preisen als Grundlage, die Behauptung der Klägerin aber, daß sich jene Preise, da die Gußtheile sie höher als bei Abschluß des Vertrags vorauszusehen zu stehen gekommen seien, erhöht hätten, woraus Beklagter wieder eine entsprechende Erhöhung jener Minimalpreise ableitet, ist nicht bloß vom Beklagten selbst in Widerspruch gesetzt worden, sondern entbehrt auch, gemäß Erwäg. 5 allen Grundes. — Auch das zweite Widerklagebegehren ist daher zu verwerfen.

10. Der Ausgang des Prozesses, wobei die Klägerin einzig mit einem Betrage von Fr. 292. 95 Rp. gegenüber Fr. 1147. 75 Rp. bei der ersten Rechtsfrage der Klage unterliegt, der Beklagte und Widerkläger aber bei der zweiten Rechtsfrage der Klage und den beiden Widerklagen im ganzen Umfange, rechtfertigt es, dem letztern sämmtliche Kosten aufzulegen, wogegen der Klägerin und Widerbeklagten aber keine Prozeßentschädigung zuzusprechen ist.

Schluss:

1. Der Beklagte und Widerkläger ist schuldig, der Klägerin und Widerbeklagten gegen Lieferung der in Zug zu seiner Verfügung stehenden Waare 850 Fr. 80 Rp. zu bezahlen, mit ihrer Mehrforderung ist die Klägerin und Widerbeklagte abgewiesen.

2. Der Beklagte und Widerkläger ist schuldig, den mit der Klägerin und Widerbeklagten unterm 7./11. November 1885 abgeschlossenen Vertrag betreffend Lieferung von Obst- und Gemüsepressen auch für die Zukunft als für ihn verbindlich anzuerkennen.

3. Die Widerklage ist abgewiesen.

4. Die Staatsgebühr ist auf 200 Fr. festgesetzt.

5. Sämmtliche Kosten sind dem Beklagten und Widerkläger aufgelegt, dagegen wird der Klägerin und Widerbeklagten keine Prozeßentschädigung zugesprochen.

Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Gebäude.

Eigenthumsübergang als nothwendige Folge dieser Verbindung etc. (Bestätigung des Präjudikates in Bd. IV pag. 245 und folgd. dieser Blätter.)

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 30. Oktober 1886, i. S. Bodmer ca. Lewender.)

Baumeister Schnitzler in Winterthur besaß s. Z. in Außersihl ein Haus. Im Parterre desselben befand sich eine Bäckerei und es brachte der Spengler Lewender in dem Backofen einen Leuchtapparat und ein Wasserschiff an, behielt sich aber an diesen Gegenständen das Eigenthum vor bis er dafür bezahlt sei. Am 15. August 1883 gerieth Schnitzler in Konkurs und da Lewender noch keine Zahlung erhalten hatte, vindicirte er die genannten zwei Gegenstände und es wurden ihm dieselben denn auch unter Anerkennung seiner Ansprache zugesprochen, allein trotzdem nahm er sie nun nicht weg. Das fragliche Haus ging auf drei Personen als Miteigenthümer über und die Bäckerei mit Leuchtapparat und Wasserschiff wurde nach wie vor betrieben und benutzt. Im Dezember 1885 verkauften die Gantkäufer das Haus weiter an Gottlieb Bodmer. Seine Vorfahren hatten die Bäckerei vermiethet und er trat nun ebenfalls in den Miethvertrag ein. Mit dem 1. April 1886 zog der Miether aus und diesen Zeitpunkt benutzte nun Lewender, um Leuchtapparat und Wasserschiff wegzunehmen, auf die Klage des Bodmer wurde er dann aber zum Ersatz des Werthes dieser Gegenstände verurtheilt. Dabei ging das Gericht im Wesentlichen von folgenden Sätzen aus:

1. Dadurch, daß Leuchtapparat und Wasserschiff mit dem fraglichen Haus in einer Weise verbunden worden sind, daß sie als Theile desselben betrachtet werden mußten, haben sie ihre Eigenschaft als selbständige, für sich bestehende Objekte verloren und damit ist natürlich auch das Separateigenthum an denselben untergegangen und sind sie ins Eigenthum desjenigen getreten, welchem das Haus, als dessen Theile sie vom Momente der Verbindung an sich darstellten, gehörte. Der Eintritt dieser Wirkung als Folge der Verbindung der beweglichen mit der unbeweglichen Sache vermochte durch den stattgehabten Eigenthumsvorbehalt nicht gehindert zu werden, weil als Regel durch Privatwillen an einzelnen Theilen einer Liegenschaft nicht selbständiges Eigenthum begründet werden kann und die Ausnahme des § 549 des pr. G.-B. hier nicht zutrifft.

2. Hienach ist schon Schnitzler trotz des Eigenthumsvorbehaltes Eigenthümer der fraglichen Gegenstände geworden, dagegen mag der Beklagte ihm gegenüder einen persönlichen Anspruch auf Wegnahme derselben gehabt haben (§ 548 des pr. G.-B.) und als Anerkennung dieses Anspruches kann es einzig betrachet werden, wenn das Begehren um Herausgabe der Gegenstände im Konkurse Schnitzler unbestritten geblieben ist. Das Eigenthum selbst ist somit durch den Gantkauf und die notarialische Fertigung auch auf die neuen Erwerber des Hauses, die Rechtsvorfahren des heutigen Klägers, übergegangen. War diesen bekannt, daß die Konkursmasse dem Beklagten das Recht der Wegnahme fraglicher Gegenstände zugestanden hatte, so hätte letztere allenfalls auch ihnen

gegenüber begehrt werden können, dagegen bestund ein solcher Anspruch jedenfalls nicht gegenüber dem heutigen Kläger, welcher durch die Fertigung vom 15. Dezember 1885 Eigenthümer des Hauses *mit allen seinen Theilen*, also auch des Wasserschiffes und Leuchtapparates geworden ist, weil er unbestrittenermassen keinerlei Kenntniß weder von dem frühern Eigenthumsvorbehalt noch von den Vorgängen im Konkurse Schnitzler hatte.

3. Daraus ergibt sich, daß wenn Beklagter, nachdem Kläger Eigenthümer der Gegenstände geworden war, dieselben eigenmächtig wegnahm, er dies ohne jeden Rechtstitel that. Jener hätte daher mit dem interdictum recuperandae possessionis Widerherstellung des frühern Besitzes verlangen oder die Eigenthumsklage stellen können. Wenn er nun aber einfach Ersatz des ihm aus dem widerrechtlichen Handeln des Beklagten entstandenen Schadens verlangt, so muß auch dieser Anspruch nach Art. 50 des O.-R. gutgeheissen werden, zumal Beklagter die Rückgabe der Gegenstände in natura eventuell nicht anerboten hat.

Kleine Nachrichten.

I.

Streit über die Frage des Untergangs eines gerichtlichen Pfandrechtes durch Verjährung nach rechtzeitig gestelltem Versilberungsbegehren.

Der Inhaber eines Pfandscheins vom 26. September 1885 verlangte am 16. März 1886, also bloß 10 Tage vor Ablauf der 6-monatlichen Frist des § 75 des Schuldbetreibungsgesetzes Versilberung, erhielt aber am 5. April vom Gemeindammann den Bericht, daß laut Mittheilung der Notariatskanzlei Außersihl seit dem 30. März gegen den Schuldner Konkurs eröffnet worden sei, diese Konkurseröffnung scheint indeß vor der Publikation wieder rückgängig gemacht worden zu sein, ebenso eine solche vom 17. April. Am 7. Mai gerieth dann der Bruder des Schuldners, welcher Miteigenthümer der gepfändeten Gegenstände war, in Konkurs und weil letztere in diesen gezogen wurden, machte der Pfandscheininhaber sein Pfandrecht geltend. Dieses wurde bestritten wegen angeblichen Untergangs durch Verjährung, weil der Gläubiger spätestens innerhalb 10 Tagen seit der Konkursaufhebung über seinen Schuldner Fortsetzung der Betreibung durch Versilberung hätte verlangen sollen (§ 40 der Verordnung zum Schuldbetreibungsgesetz in seiner frühern Fassung). *Das Pfandrecht wurde aber geschützt.*

Gründe:

Die Einrede des Untergangs des Pfandrechtes durch Verjährung ist unbegründet, denn der Gläubiger hat innerhalb der 6 Monate Versilberung verlangt und dieses Begehren nicht wieder zurückgezogen. Durch den in der Folge über den Schuldner ausgebrochenen und wieder rückgängig gemachten Konkurs ist nur die Vollziehung der Versilberung sistirt, nicht aber das anhängig gemachte Versilberungsbegehren in seinen übrigen Wirkungen aufgehoben worden. Dieser Rechtsanschauung stund auch die frühere Fassung von § 40 der Verordnung zum Schuldbetreibungsgesetz nicht direkt entgegen, klar ist es, daß der jetzige Wortlaut des § 40 nur mit dieser Gesetzesauslegung vereinbar ist. Selbstverständlich konnte und wollte weder die ursprüngliche noch die abgeänderte Verordnung die Frage der Verjährung gesetzgeberisch regeln; soweit diese Frage berührt wurde, geschah es nur in dem Sinne der Auslegung des Gesetzes und es müßte auch dann, wenn eine verschiedene Interpretation zu verschiedenen Zeiten gegolten hätte, nicht die damals herrschende, sondern die vom urtheilenden Richter als richtig anerkannte allein maßgebend sein, zumal es sich nicht etwa um eine Willensinterpretation von Vertragsschliessenden, die sich auf eine damals herrschende Gesetzesauslegung bezogen haben könnten, sondern um die Handhabuug eines zwingenden öffentlich rechtlichen Gesetzes handelt. (Obergericht Zürich, A.-K., 30. Oktober 1886.)

II.

Das zürcherische Schuldbetreibungsverfahren kennt keinen *vereinbarten* Gerichtsstand: der § 17 des Schuldbetreibungsgesetzes citirt nur die §§ 209 und 210 des Rechtspflegegesetzes und nicht auch die §§ 220 und 221 daselbst. Sonach können Einwendungen aus mangelnder Zuständigkeit des Betreibungsbeamten nicht bloß durch Rechtsvorschlag, sondern jederzeit angebracht werden, weil sie sich auf einen Nichtigkeitsgrund stützen.

Aus dem schweiz. O.-R. kann nicht hergeleitet werden, daß der im Handelsregister Eintragene für alle Wechselbetreibungen (also auch wenn sie Privatschulden betreffen) am Ort der Handelsniederlassung belangt werden könne, noch daß der Wechselschuldner die Einrede der Inkompetenz des Betreibungsbeamten nur dann erheben dürfe, wenn sie sich aus dem Wechsel selber ergebe, denn Art. 811 des O.-R. hat nur das *materielle* Wechsel- und Wechselprozeßrecht, nicht aber die Formen des Prozesses zum Gegenstand. (Vergleiche Hafner, Commentar zu Art. 811.) (Obergericht Zürich, A.-K., 19. Juni 1886.)

III.

Stickmaschinen als Zubehörden zum Stickereigebäude.

(Obergericht Zürich, 18. November 1886.)

Der Inhaber eines Stickereigebäudes mit Wohnung beschwerte sich über die Notariatskanzlei Küssnacht, weil sich dieselbe weigere, das Pfandrecht, mit dem er das genannte Gebäude zu belasten beabsichtige, auch auf die darin befindlichen zwei Stickmaschinen als auf deren Zubehörde, auszudehnen. Die Beschwerde wurde abgewiesen, weil dem Notar noch gar kein bestimmt formulirtes Rechtsgeschäft zur Fertigung vorgelegt, sondern nur eine vorläufige Anfrage an denselben gerichtet worden sei, unter diesen Umständen aber noch keine Unterlassung einer Amtshandlung vorliege, über die Beschwerde geführt werden könnte. *Dabei bemerkte indess das Obergericht*: Immerhin erscheint es am Platze, die Parteien darauf hinzuweisen, daß nach einem im Rechenschaftsbericht von 1881 No. 58 mitgetheilten Entscheide die Behandlung von Arbeitsmaschinen, welche für ein Fabrikgebäude eigens erstellt oder für welche ein solches gebaut wurde, als Zubehörde keinen Bedenken unterliegt, wie denn auch schon früher (vergleiche Ullmers Commentar Nro. 689) festgestellt wurde, daß die Verbindung der Vorrichtung mit einem Wasserwerk oder einer festinstallirten Dampfmaschine zum Begriff der Zubehörde keineswegs nothwendig sei. Ist aber eine Sache als Zubehörde im Sinne von § 482 des pr. G.-B. zu betrachten, — die Anwendung von § 480 erscheint hier ausgeschlossen, — so ergreift das Grundpfandrecht die Sache von Rechtes wegen (§ 804 des pr. G.-B.) und es sind nach § 805 lediglich allfällige freiwillige oder gerichtliche Pfandrechte frühern Datums durch Vorstellung zu wahren (siehe § 7 u. 23 lit. e der Verordnung betreffend die Pfandbücher).

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

31. Dezember 1886. V. Band. № 24.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

der

Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

vom 13. November 1886

in Sachen

der Firma *Danzas & Cie. in Zürich,* Klägerin und I. Appellantin,

gegen

die *Direktion der Vereinigten Schweizerbahnen,* Beklagte und II. Appellantin.

Forderung aus ungehöriger Erfüllung eines Eisenbahnfrachtvertrages. Einrede der Befreiung von der Haftpflicht, weil die Beschädigung des Frachtgutes auf einer außerschweizerischen Transportstrecke eingetreten und der Rückgriff nach den Gesetzen und Reglementen, denen letztere unterworfen, ausgeschlossen sei (Art. 36, Absatz 4, Ziff. 1 u. 2 des schweiz. Transportgesetzes).

Thatsächliches:

A. Die Firma Spörri und Schaufelberger in Wald bestellte Anfangs 1884 bei M. Jacoby & Cie. in Nottingham, England, sogenannte Tüllmaschinen und übertrug die Spedition derselben von Antwerpen nach Wald der Firma Danzas & Cie., diese aber bediente sich zur Ausführung des Auftrages der Firma Ruys & Cie. in Antwerpen, ihrer dortigen Vertreterin und die Letztere bewerkstelligte die Versendung der Waaren durch Uebergabe derselben an die Eisenbahn auf Grund eines an „Danzas & Cie. in *Wald*" adressirten Frachtbriefes. Drei Sendungen, welche im Sommer und Herbst 1884 erfolgten, gingen sämmtlich in Ordnung, nicht dagegen eine vierte, welche Jacoby & Cie. mit Brief vom 30. Dezember 1884 avisirten und die von Ruys & Cie. mit Frachtbrief vom *3. Januar 1885* der belgischen Staatsbahn zum Transport nach Wald übergeben wurde.

Diese vierte Sendung bestand in zwei Kisten kleiner Maschinenbestandtheile und 8 Einzelstücken aus Guß. Das größte und schwerste von diesen 8 Einzelstücken war eine Traverse von 4,70 Meter Länge und ca. 370 Kilo Gewicht. Das Gewicht der *ganzen* Sendung (10 Collis) betrug 6250 Kilogr. Die Verladung des Frachtgutes auf der Abgangstation erfolgte nicht durch die Bahn, sondern durch die Versender Ruys & Cie. selbst und zwar mittelst eines Krahns und in den Waggon Nr. 46,537, in welchen keine andern Güter aufgenommen wurden, die Versender liessen sich dann aber von der Bahnverwaltung einen Empfangschein für die Waare geben, welcher die Zahl der Collis, die Nummern derselben, die Initialen A B C und das Gewicht der Kisten wie der 8 Einzelstücke enthält. Die Gewichtsangabe beruht indeß offenbar nicht auf einer von der Bahn selbst vorgenommenen Wägung, denn der Frachtbrief enthält die Bemerkung: „Accepté 10 Collis, *poids non verifié*", woraus folgt, daß zwar die *Zahl* der Frachtstücke, nicht aber deren Gewicht verificirt und controllirt worden ist.

Von einer bereits bei der Uebergabe und Empfangnahme vorhandenen Beschädigung erwähnt weder die den Versendern ausgestellte Empfangsbescheinigung, noch der Frachtbrief etwas. Der Waggon wurde von der Bahnverwaltung mit einer Blache bedeckt und diese mit Stricken umschnürt. Da es sich um Transitgut handelte, wurde der Wagen auch plombirt. Noch ist zu bemerken, daß die bereits erwähnte Traverse vollständig bloß und ohne jede Umhüllung verladen worden ist, auch scheinen keine Unterlagen, wie Lappen, Strohbündel etc., verwendet worden zu sein.

Der Transport erfolgte auf Grund des Reglements für den belgisch-schweizerischen Güterverkehr nach dem Spezial-Tarif Ia zum Frachtsatz von 47 Fr. 30 per 1000 Kilogr.

B. Am 4. Januar 1885 ging der Wagen bei Bettingen auf das Transport-Gebiet der deutschen Reichseisenbahnen über und am *6.* Januar erfolgte in Basel die Uebernahme des Transportgutes durch die Schweizerische Centralbahn.

Am 9. Januar Morgens langte der Wagen auf dem ersten Zug von Rüti, Nr. 101, in Wald an, er war am Abend vorher, den 8. Jenner ca. 10 Uhr auf dem letzten Zug (Nr. 89) von *Zürich* nach Rüti gekommen.

Nach einem vom 9. Januar datirten Rapport des Güterexpedienten Hürlimann in Wald

kam der Wagen daselbst unbedeckt (ohne Blache) an. Der Rapport konstatirt ferner, daß von den 8 Collis (Einzelgußstücken), „welche zwischen die beiden Kisten gestellt waren“, *die Traverse in 5 Stücke zerbrochen sei,* wovon ein Stück auf einer Kiste liege, wohin es nach stattgefundener Havarie gelegt worden sein müsse. Dann fährt derselbe fort: „Da das gebrochene Stück (dickleibig) nicht so leicht zerbrechlich war, so muß die Sendung entweder beschädigt eingeladen worden sein oder unterwegs einen größern Stoß erlitten haben. Da die Papiere *beschmutzt* ab Oerlikon und den Waggon *ab Wettingen,* via Zürich erhalten haben, vermuthen wir, daß derselbe bei der Katastrophe in Oerlikon betroffen worden sei.“

Zu konstatiren ist hier, daß am *Morgen* des *8.* Januar der von Wettingen kommende Zug Nr. *421* bei Seebach mit dem Klotener Zug zusammengestoßen ist. Darauf und auf der weitern Thatsache, daß die Begleitpapiere des hier in Frage stehenden Waggons von *Oerlikon* nach Wald geschickt wurden und beschmutzt waren, während der Waggon selbst von Wettingen über Zürich ging, basirt die in dem oben citirten Rapport ausgesprochene Vermuthung, daß derselbe den Zusammenstoß mitgemacht habe. Man nahm an, der Waggon sei von Seebach wieder nach Wettingen zurückgegangen und erst dann von dort über Zürich weitergerollt.

Der ebenfalls aufgenommene Verbalprozeß konstatirt das gleiche, wie der citirte Rapport des Güterexpedienten und bemerkt nur noch, daß auch die beiden Kisten theilweise beschädigt, die andern offenen Guß-Collis dagegen ordnungsgemäß zwischen diese gestellt gewesen seien.

Die sofort auf dem Dienstwege bei der Station Wettingen erfolgte Anfrage, wie es komme, daß die Transportpapiere von Oerlikon aus nach Wald geschickt worden seien, während der Waggon nur mit einem Begleitschein über Zürich gegangen sei, wurde folgendermaßen beantwortet:

„Der Waggon Nr. 46,537 mußte am 8. „Januar wegen voller Beladung bei Zug 421 „hier *zurückbleiben* und wurde in Folge „Geleissperrung bei Oerlikon (genauer bei „Seebach) an jenem Tage mit Zug 209a via „Zürich instradirt. Unrichtigerweise gingen „die Originalschriften schon mit Zug 421 „nach Oerlikon ab und fand sodann Weiter„leitung des Waggons mit Begleit ab hier „statt, während Oerlikon um Absendung der „Papiere an Bestimmung ersucht wurde. Der „Waggon transirte hier ohne Behandlung und „ohne Wahrnahme einer Beschädigung seiner „Ladung.“

Der Oberzugführer Oberholzer rapportirte dem bisher angeführten entsprechend, daß der Waggon am 8. Januar mit Zug 89 in Zürich abgeführt worden sei, jedoch ohne die bezüglichen Schriften und nur mit einer Begleitkarte. Dann fügt er bei: „Zugführer Strehler und Gepäckkondukteur Eberhardt wollen in Zürich die Beschädigung wahrgenommen und sich auch einläßlich daselbst verwahrt haben.“

Endlich ging von der Güterexpedition Basel auf erfolgte Mittheilung und Anfrage die Antwort ein: „Wir besitzen einen Revers von der Vorbahn, wovon Copie folgt.“ Dieser Revers, der nun in Orginal vorliegt, lautet:

„Die Schweizerische Centralbahn hat von der Güter-Expedition der Reichseisenbahnen in Elsaß-Lothringen zu Basel heute laut Bordereaux Nr. 1052 *vom 6. Januar* zur Expedition an Danzas & Cie. nach Wald übernommen:

W. 46,537. A B C 1/8 Collis und 2 Kisten Maschinenbestandtheile, 6250 Kilo,

wobei wir anerkennen, daß A B C 3 an 4 Stellen zerbrochen ist.

Für die Reichseisenbahn in Elsaß-Lothringen:

Die Güterexpedition:

Unterschrift (unleserlich).“

C. Die Adressaten und Empfänger Danzas & Cie. verweigerten natürlich die Annahme des Frachtgutes und machten die Vereinigten Schweizerbahnen für den Schaden verantwortlich. Eine von diesen veranlaßte Expertise sprach sich dahin aus: Die offenen 8 Collis seien im Ganzen sehr schlecht verladen gewesen, ohne irgend welches Packmaterial, Stroh oder Emballage, und sämmtliche Bestandtheile so durcheinander, daß erst nach gänzlichem Ausladen habe festgestellt werden können, welche Stücke Schaden gelitten

hätten. Die Traverse sei in 5 Stücke zerbrochen und zwar befinden sich sämmtliche Brüche am vordern Theil in einer Länge von 110 cm., dieselben erweisen sich als vollständig gesund und ohne Rost, indeß beweise dieser Umstand noch keineswegs, daß der Unfall erst kurz vor der Ankunft in Wald stattgefunden habe, vielmehr sei die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Brüche durch das Umladen der Maschinen verursacht worden seien und spreche dafür namentlich, daß andere viel zerbrechlichere Stücke unbeschädigt geblieben seien, ferner lasse die Art und Weise der Verladung sehr darauf schliessen. Die Neuerstellung des gebrochenen Stückes erfordere einen Kostenaufwand von 700 Fr., wobei der Werth des alten Gußes bereits in Abrechnung gebracht sei.

D. Die Firma Caspar Honegger in Rüti erstellte der Firma Spörri und Schaufelberger eine neue Traverse und facturirte dieselbe am 17. Februar 1885 mit 700 Fr. Allein mit dem Ersatz dieser Summe erklärte sich die letztere nicht begnügen zu können, sondern sie forderte überdem noch 930 Fr. indirekten Schaden mit der Begründung, daß sie einen Ingenieur aus England behufs Montirung der Tüllmaschine habe kommen lassen müssen, daß dieser des Unfalls wegen bis zur Erstellung der neuen Traverse in hier 31 Tage habe unbeschäftigt warten und für diese Zeit beköstigt und belöhnt werden müssen, was per Tag 15 Fr. ausmache, und daß ihnen aus der Unmöglichkeit, während der genannten Zeit mit der Maschine arbeiten zu können, ein weiterer Schaden von täglich 15 Fr. entstanden sei (31 Tage à 30 Fr. = 930 Fr.) Die Gesammtforderung von Spörri u. Schaufelberger an ihre Spediteuren Danzas & Cie. betrug somit 1630 Fr. Die letztern konnten indeß den Anspruch nicht anerkennen, weil derselbe von den Vereinigten Schweizerbahnen auch ihnen gegenüber bestritten wurde. Diese motivirten ihre Bestreitung hinwiederum damit, daß die belgische Bahn eine Ersatzpflicht ablehne, weil die Havarie eine Folge der Verladung sei, wofür die Vermuthung spreche und deßhalb den Versendern, die selbst verladen haben, zur Last falle.

E. Spörri und Schaufelberger belangten nunmehr Danzas & Cie. vor dem Handelsgericht und letztere leiteten die nämliche Klage gegenüber den Vereinigten Schweizerbahnen ein. Zunächst wurde der I. Prozeß sistirt bis zur Erledigung des zweiten, nachdem aber dieser wegen Incompetenz des Handelsgerichtes von der Hand gewiesen worden, weil die Vereinigten Schweizerbahnen nicht im zürcherischen Handelsregister eingetragen waren, zurückgezogen mit dem Vorbehalt späterer Wiedereinleitung.

F. Jetzt leiteten Danzas & Cie. die Klage beim Bezirksgericht Zürich ein und stützten dieselbe auf die Art. 24 und 25 des schweizerischen Transportgesetzes und das Reglement für den belgisch-schweizerischen Güterverkehr. Aus diesem sind folgende Bestimmungen hervorzuheben:

Art. 17. Als Frachtführer haften für den ganzen Transport nur die erste und diejenige Bahn, welche das Frachtgut mit dem Frachtbrief zuletzt übernommen hat.

Art. 2. Die Eisenbahn ist nicht verpflichtet, Gut zum Transport zu übernehmen, welches nicht ordnungsgemäß oder gar nicht verpackt ist, ungeachtet seine Natur eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung nöthig erfordert, oder welches äußerlich erkennbare Zeichen einer Beschädigung an sich trägt. Dergleichen Gut kann ausnahmsweise befördert werden, wenn der Absender das Fehlen oder den mangelhaften Zustand der Verpackung, beziehungsweise das Vorhandensein einer Beschädigung, durch eine mit seiner Unterschrift versehene, auf dem Frachtbrief zu wiederholende Erklärung anerkennt. In dieser Erklärung sind die einzelnen Collis mit ihren Mängeln zu spezifiziren und zu beschreiben. Für die von dem Versender in solchen Fällen abzugebende Erklärung ist der Wortlaut durch ein Formular vorgeschrieben, welches in den Expeditionen bereit gehalten wird.

Art. 22. 1. Die Eisenbahn haftet in Ansehung derjenigen Güter, welche vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit der besondern Gefahr ausgesetzt sind, gänzlichen oder theilweisen Verlust oder Beschädigung, namentlich *Bruch*, Rost, innerer Verderb etc. zu erleiden, nicht für den

Schaden, welcher aus dieser Gefahr entstanden ist, insbesondere also nicht

b. für den Bruch bei leicht zerbrechlichen Sachen: als leicht zerbrechlichem *Eisenguss*, Glas u. s. w.

3. Die Eisenbahn haftet in Ansehung derjenigen Güter, welche ungeachtet ihrer Natur eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung auf dem Transport erfordert, *nach Erklärung des Absenders auf dem Frachtbriefe* unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung aufgegeben sind, sowie solcher, die schon bei der Auflieferung mangelhaft beschaffen oder beschädigt waren, nicht für den Schaden, welcher aus der mit dem Mangel der Verpackung oder mit der mangelhaften Beschaffenheit oder der bereits vorhandenen Beschädigung verbundenen Gefahr entstanden ist.

Die Bahnverwaltung hat jedoch die Verpflichtung, in solchen Fällen die betreffenden Mängel nach Anleitung von Art. 2 durch den Versender anerkennen zu lassen.

4. Die Eisenbahn haftet in Ansehung derjeniger Güter, deren Auf- und Abladen nach Bestimmung des Tarifs oder durch Vereinbarung mit dem Absender von diesem, beziehungsweise dem Empfänger besorgt wird, nicht für den Schaden, welcher aus der mit dem Auf- und Abladen oder mit mangelhafter Verladung verbundenen Gefahr entstanden ist.

In allen diesen Fällen wird bis zum Nachweise des Gegentheils vermuthet, daß ein eingetretener Schaden, wenn er aus der Seitens der Eisenbahn nicht übernommenen Gefahr entstehen konnte, aus derselben wirklich entstanden ist.

Art. 23. Im Falle des gänzlichen Verlustes wird bei der Schadensberechnung der von dem Beschädigten nachzuweisende gemeine Handelswerth und in Ermanglung eines solchen der gemeine Werth, welchen Güter gleicher Beschaffenheit zur Zeit und am Orte der bedungenen Ablieferung gehabt haben würden etc. zu Grunde gelegt.

Art. 29. Alle Wagenladungsgüter sind auf den Stationen der belgischen Bahnen Seitens der Versender und Empfänger auf- und abzuladen, *sofern nicht die Eisenbahnverwaltung diese Leistungen gegen die im Lokaltarife bestimmten Gebühren selbst übernimmt.*

Auf eine bezügliche Anfrage der Klägerin vom 15. Januar 1886 antwortete ihr die Nordostbahn, die Frachtansätze für den Transport von Maschinentheilen von Zürich nach Antwerpen bleiben sich gleich auch wenn die Bahn den Verlad besorge, nur werden die reglementarischen Ladgebühren verrechnet (Act Nr. 69).

Die ganz gleichen Bestimmungen, wie die oben angeführten, sind auch in dem Reglement für die Eisenbahnen Deutschlands enthalten und zwar in Art. 62 die Bestimmung des Art. 17 oben, in Art. 47 die Bestimmung des Art. 2 oben, in Art. 67 1 b, 3 und 4 die Bestimmungen des Art. 22 1 b, 3 und 4 und in Art. 68, 1 die Bestimmung des Art. 23 oben.

G. Die Beklagte bestritt die Haftpflicht prinzipiell und im Quantitativ. Die Havarie sei nachgewiesenermaßen vor dem Uebergang des Frachtgutes auf Schweizergebiet eingetreten und durch die produzirten Reglements für den belgisch-schweizerischen und den Verkehr auf den deutschen Bahnen festgestellt, daß ein Rückgriff ausgeschlossen sei (Art. 36 des schweizerischen Transportgesetzes). Schon beim Verladen durch die Versender habe die Beschädigung stattgefunden. Eventuell spreche die vertragliche Vermuthung dafür, daß der später erfolgte Bruch mit dem Einladen der Güter oder der Art ihrer Verladung im Waggon zusammenhänge. Auch wäre eine Verpackung nöthig gewesen und deßhalb spreche wiederum die Vermuthung dafür, daß der Mangel einer solchen die Ursache des Schadens bilde.

H. Die gerichtlich erhobene Expertise sprach sich folgendermaßen aus:

Solche Traversen werden übungsgemäß *unverpackt* spedirt, weil sie sich in Folge Größe, Beschaffenheit und Gewicht nicht zur Verpackung eignen und weil die Verpackung bei ihnen genügenden Schutz gegen Vorkommnisse, wie sie nothwendig seien, um deren Bruch herbeizuführen, nicht zu bieten vermöchte. Die in Frage stehende Traverse sei ein einziges Stück Gußeisen von 4,70 Meter Länge und 85 cm. Höhe, sehr stark profilirt

und von solider Konstruktion. Entweder sei dieselbe im Waggon aufrecht an die Wand angelehnt und mit den Kisten verstellt oder flach auf den Boden gelegt worden, welch beide Verladungsarten üblich und prinzipiell richtig seien. Im erstern Fall sei anzunehmen, dieselbe sei in Folge eines oder mehrerer starker Stöße umgeworfen worden und dabei zerbrochen. Die Kisten können nur durch ein anormales Vorkommniß im Transport vom Platze verschoben worden sein. Im erstern Falle, wenn liegend verladen, müsse auf den Stoß von der einen Seite ein Gegenstoß von der andern Seite erfolgt sein, wodurch die Traverse etwas in die Höhe geworfen und durch Zurückprallen auf den Boden gebrochen worden sei, denn um dieses Stück durch einen *einfachen* Stoß in der Längsrichtung so zu brechen, hätte derselbe von solcher Gewalt sein müssen, daß Wände und andere Theile des Waggons eine augenfällige Beschädigung davon getragen hätten. Wahrscheinlich sei der Bruch durch einen Stoß beim Manöveriren entstanden, jedenfalls aber die Folge eines *anormalen* Vorkommnisses im Transport. Ob die Traverse gestanden oder gelegen, ob sie mit Stroh oder Emballage umwickelt gewesen oder nicht, jedenfalls sei die Ursache von solcher Intensität gewesen, daß der Bruch habe erfolgen müssen. Er nehme den richtigen Empfang des Transportgutes und somit weiter an, daß das anormale Ereigniß zwischen Antwerpen und Wald eingetreten sei. Die Bahn habe die Collis verificiren lassen, die Sendung dem Zoll zur Transitabfertigung übergeben und von diesem sei dieselbe wieder mit dem Frachtbrief verglichen, der Wagen bedeckt und plombirt worden, eine Beschädigung hätte dabei konstatirt werden müssen. In Bettingen, beim Uebergang auf deutsches Gebiet, sei der Wagen neu gedeckt und plombirt worden. Die Angestellten haben in denselben hineinsteigen und bemerken müssen, ob etwas beschädigt sei oder nicht. Im erstern Falle wäre Anzeige erfolgt. Durch ihre Länge sei die Traverse dem Stoß weit mehr ausgesetzt gewesen als die andern kleinern Gußbestandtheile und bilde deßhalb der Umstand, daß letztere unversehrt geblieben seien, durchaus keinen Beweis für die Annahme, daß die Beschädigung schon bei der Verladung und nicht erst auf dem Transport eingetreten sei. Die am Aeußern der Kisten ersichtlichen Eindrücke rühren vom Krahn her und die Nichtbeschädigung der in den Kisten verpackten Theile erkläre sich ganz leicht daraus, daß die Wirkung des Stoßes auf letztere durch die Bewegung der Kisten außerordentlich abgeschwächt worden sei.

I. Das Bezirksgericht Zürich hieß die Klage im Betrage von 700 Fr. gut, wies dagegen Klägerin mit ihrer Mehrforderung ab. Gegen dieses Urtheil appellirten beide Parteien. Die Klägerin verlangte auch Gutheissung der weiter geforderten 930 Fr., die Beklagte dagegen vollständige Abweisung der Klage; zur Begründung dieses Antrages nahm die letztere noch einen neuen, erstinstanzlich nicht erwähnten Standpunkt ein und zwar den, daß sie behauptete, es sei der Bruch der Traverse eine Folge der ihr innewohnenden natürlichen Zerbrechlichkeit und dafür spreche wiederum eine vertraglich begründete Vermuthung (Art. 22, Ziff. 1 b des Reglements für den belgisch-schweizerischen Güterverkehr).

Entscheidungsgründe:

1. Die eingeklagte Forderung stellt sich als Schadensersatzanspruch aus nicht gehöriger Erfüllung eines Eisenbahnfrachtvertrages dar. Die Activlegitimation der Klägerin ist beklagterseits nie bezweifelt worden und ergibt sich übrigens aus der Thatsache, daß der Frachtbrief, auf Grund dessen die Beklagte den Weitertransport des Frachtgutes übernommen hat, keine Bestimmung des Inhalts enthält, daß die Waare auf Rechnung und Gefahr der Versender reise, in Verbindung mit Art. 34 des schweizerischen Transportgesetzes, welches das Klagerecht des Empfängers für diesen Fall unbedingt anerkennt. Auch über die Passivlegitimation der Beklagten hat zwischen den Parteien nie Streit bestanden und es ergibt sich diese denn auch sowohl aus dem Art. 36 des schweizerischen Transportgesetzes als aus dem Art. 17 des Reglements für den belgisch-schweizerischen Güterverkehr, welcher einen Bestandtheil des an dieses Reglements sich anschliessenden Frachtvertrages bildet.

2. Was nun das Materielle der Sache betrifft, so richtet sich die Haftpflicht der Beklagten, wenn der Untergang des Frachtgutes auf der Transportstrecke einer dem schweizerischen Transportgesetz unterworfenen Bahnverwaltung eingetreten ist, nach den Bestimmungen dieses Gesetzes; ist dagegen der Untergang des Frachtgutes auf einer außerschweizerischen Eisenbahn eingetreten, so ist dasjenige Transportgesetz maßgebend, welchem die Eisenbahn unterworfen ist, auf deren Gebiet der Untergang des Frachtgutes eingetreten ist, es gilt aber die Rechtsvermuthung, daß die Bestimmungen dieses außerschweizerischen Rechtes über den Eisenbahnfrachtverkehr mit denjenigen des schweizerischen Rechtes übereinstimmen und hat deßhalb derjenige, der eine bezügliche Abweichung geltend macht, dieselbe zu beweisen. Die Richtigkeit dieser Ausführung ergibt sich ohne Weiteres aus den Artikeln 35 und 36 des schweizerischen Transportgesetzes, speziell aus den Bestimmungen, welche sagen, daß sowohl die annehmende als abliefernde Bahnverwaltung die nach inländischem Recht begründete Haftpflicht dann und insoweit, aber auch nicht weiter ablehnen können als ihnen der Rückgriff auf die fremde Bahnverwaltung durch die Gesetzgebung, welcher letztere unterliegt, entzogen wird, beziehungsweise als sie den Beweis dafür leisten, daß dieser Rückgriff nach dem fremden Recht ausgeschlossen ist, denn damit ist beides gesagt, sowohl, daß sich die Haftpflicht, falls der Unfall auswärts eingetreten ist, nach dem fremden Recht reglirt, als daß dieses fremde Recht bis zum Beweise des Gegentheils als mit dem inländischen übereinstimmend gelte.

3. Diesem Standpunkt entspricht es, daß zunächst untersucht werde, ob die Haftpflicht der Beklagten nach dem schweizerischen Transportgesetz begründet sei oder nicht, mag der Unfall innerhalb oder außerhalb der Schweiz eingetreten sein. Wird die Frage bejaht, so ist dann weiter zu untersuchen, ob es der Beklagten gelungen sei, darzuthun, daß das Frachtgut schon vor der Uebergabe an die Centralbahn beschädigt worden sei und daß die Haftpflicht nach der deutschen *und belgischen* Gesetzgebung ausgeschlossen bezw. in einem geringern Umfange vorhanden, also auch der Rückgriff ausgeschlossen oder nur innerhalb kleinerer *Rahmen* zulässig sei. Diesen *umfassenden* Beweis hat die Beklagte deßhalb zu leisten, weil nicht eruirt werden kann, ob der Unfall, auch wenn er außerhalb der Schweiz schon eingetreten ist, auf deutschem oder belgischem Bahngebiet sich ereignet hat.

4. Nach dem schweizerischen Transportgesetz ist die Haftpflicht der Beklagten unzweifelhaft begründet. Daß der Unfall auf dem Transport, d. h. erst nach Uebernahme des Frachtgutes durch die annehmende Bahnverwaltung eingetreten ist, muß nach dem Art. 31 des Gesetzes daraus geschlossen werden, daß der Frachtbrief eine Bemerkung über die Aufgabe des Frachtgutes *in beschädigtem* Zustande nicht enthält, denn daß sich diese Bestimmung nur auf sogenannte Stückgüter und nicht auf ganze Wagenladungen beziehe, ist derselben nicht zu entnehmen. Davon ausgehend kann sich nun aber die Beklagte der Haftpflicht bloß dann entziehen, wenn sie einen der in Art. 24 des Gesetzes vorgesehenen Entlastungsbeweise führt und dies ist ihr nicht gelungen. Daß die Beschädigung Folge höherer Gewalt oder eines Verschuldens der Empfänger sei, ist nicht behauptet worden, wohl aber hat die Beklagte erstinstanzlich geltend gemacht, daß dieselbe auf Verschulden der Absender zurückzuführen sei und dieses Verschulden theils in der Nichtverpackung der zu Grunde gegangenen Traverse und theils in unsorgfältiger Verladung derselben erblickt. Heute wurde dann noch der weitere Standpunkt geltend gemacht, daß die Beschädigung des Frachtgutes eine Folge der natürlichen Beschaffenheit desselben sei. Auf diesen kann indessen nach den §§ 336, 337, Ziff. 2, und 676 des Rechtspflegegesetzes nur insoweit eingetreten werden, als sich dessen Richtigkeit ohne Weiteres aus den vorliegenden Akten ergibt und das ist nicht der Fall. Die Beklagte behauptet, es gehöre die in Frage kommende Traverse zu den leicht zerbrechlichen Gegenständen im Sinne des § 32 Zif. 4 des Transportgesetzes, mit Bezug auf welche die Vermuthung ausbedungen werden könne,

daß Brüche derselben, welche unter den obwaltenden Umständen bei ganz normalem Transporte die natürliche Folge ihrer Zerbrechlichkeit gewesen sein können, auch wirklich in dieser Weise entstanden seien und daß nun jene Vermuthung bezüglich derartiger Objekte auch wirklich ausbedungen worden sei, weßhalb bis zum Beweise des Gegentheils angenommen werden müsse, die konstatirten Brüche seien lediglich die Folge der natürlichen Zerbrechlichkeit des Transport-Gutes. Weil der Art. 22 des belgisch-schweizerischen Transportreglements einen Bestandtheil des Frachtvertrages bildet, so muß zugegeben werden, daß eine derartige Vermuthung ausbedungen worden ist, allein dieselbe greift schon deßhalb nicht Platz, weil keineswegs feststeht, daß die in Frage kommende Traverse wirklich zu den leicht zerbrechlichen, d. h. zu denjenigen Gegenständen gehört, deren Bruch *auch bei ganz normalem Transport* eintreten kann *(siehe § 124 lit. d des Transportreglements)*. Die Klägerin bestritt dieß mit aller Entschiedenheit und beruft sich für das Gegentheil auf Expertise, unter diesen Umständen aber kann der Richter, dem hier die eigene Sachkenntniß abgeht, den der Beklagten für die behauptete Natur des Transportgegenstandes obliegenden Beweis nicht als geführt ansehen. Allerdings handelt es sich hier um ein Gußstück, allein nicht aller Guß ist leicht und speziell so zerbrechlich, daß ein Bruch schon bei ganz normalem Transport eintreten konnte. Gegen die leichte Zerbrechlichkeit der fraglichen Traverse spricht denn auch ihre Konstruktion, welche der Gerichtsexperte eine solide nennt, es handelt sich um ein sehr stark profilirtes Gußstück, das bei richtiger Verladung und normalem Transport keinerlei Gefahr ausgesetzt zu sein scheint. Uebrigens dürfte, wenn man dieses Objekt zu den leicht zerbrechlichen zählen und deßhalb jene Vermuthung Platz greifen lassen wollte, letztere sogar als entkräftet betrachtet werden durch den Ausspruch des Experten, daß die Havarie, wie sie bei Ankunft der Sendung in Wald konstatirt wurde, nach seiner Ueberzeugung nur die Folge eines *anormalen* Vorkommnisses im Transport sein könne.

5) Soweit das ebenfalls vorgeschützte Verschulden der Versender auf den Mangel einer Verpackung zurückgeführt wird, ist die bezügliche Einrede der Beklagten schon deßhalb verfehlt, weil nach der Expertise nicht gesagt werden kann, daß der Transport eines Frachtstückes der vorliegenden Art seiner Natur nach oder des Transportmittels wegen überhaupt eine Verpackung nöthig mache (§ 14 des Transportgesetzes), dann aber auch deßwegen, weil ein bezüglicher Mangel äußerlich erkennbar war und trotzdem ein Vorbehalt in den Frachtbrief nicht aufgenommen wurde, wie es die letztcitirte Stelle vorschreibt und endlich, weil durch die Gerichtsexpertise festgestellt ist, daß der Mangel einer Verpackung mit dem eingetretenen Bruch in keinem Causalzusammenhang steht, zumal der Experte sagt, die Ursache des Letztern sei von solcher Intensität gewesen, daß derselbe auch im Falle einer Verpackung hätte eintreten müssen.

6. Wenn ferner den Versendern eine unsorgfältige Verladung des Frachtgutes zur Last gelegt wird, so kann dieß sowohl dahin verstanden werden, daß sie beim eigentlichen Aufladen nicht die gehörige Sorgfalt beobachtet haben, als dahin, daß beim Plaziren und Befestigen der Gegenstände nicht richtig verfahren worden sei. Der letztere Vorwurf ist indessen ohne Weiteres zu verwerfen, weil der Experte sagt, daß, mögen die Gegenstände liegend oder stehend verladen, mit Holz, Stroh, Lappen oder gar nicht verkleidet worden sein, der konstatirte Bruch dennoch und unter allen Umständen habe eintreten müssen, weil dessen Umfang auf eine so intensive Ursache schliessen lasse, daß die Art der Plazirung, Befestigung und Verkleidung deren geäußerte Wirkung nicht habe hindern können. Im Uebrigen und was speziell die mit dem Aufladen selbst verbundene Gefahr betrifft, macht die Beklagte geltend, daß der Bruch der Traverse an sich unzweifelhaft die Folge der letztern gewesen sein könne und daß dieß deßwegen auch als Thatsache angenommen werden müsse, weil eine dießfällige vertragliche Vermuthung ausbedungen worden sei. Das Letztere ist nun allerdings richtig, wie Art. 22 Ziff. 4 und 5

des Transportreglements für den belgisch-schweizerischen Güterverkehr beweist, allein diese vertragliche Einigung ist, soweit das schweizerische Recht in Frage kommt, ungültig, weil nach diesem (Art. 32, Ziff. 6) dem Versender das Aufladen der Güter mit der Wirkung, daß dann bezüglich derjenigen Schäden, welche eine Folge davon gewesen sein können, auch vermuthet wird, sie seien wirklich in dieser Weise vom Versender selbst verschuldet worden, — *nur gegen erhebliche Ermässigung der Frachtsätze* überbunden werden kann und diese Voraussetzung hier nicht zutrifft, weil der in concreto in Rechnung gebrachte Frachtansatz der gewöhnliche für Frachtgüter der in Frage kommenden Art ist und die Firma Ruys & Cie. durch das Selbstverladen sich bloß die reglementarischen Ladgebühren von 7 Rp. per 100 Kilo erspart hat, während das Gesetz eben eine Ermäßigung der gewöhnlichen Fracht, also des Transportpreises als Aequivalent für die zum Nachtheile des Versenders resp. Empfängers begründete Rechtsvermuthung verlangt. Für die Richtigkeit der Thatsache, daß in concreto keine Frachtermässigung im Sinne des Gesetzes vorliegt, ist einfach zu verweisen auf § 29 des Reglements für den belgisch-schweizerischen Güterverkehr und Act Nr. 69, den Bericht der Nordostbahn an die Klägerin. Auch die „Klassifikation der Güter" in dem genannten Reglements beweist, daß der Frachtansatz von 47 Fr. 30 per 1000 Kilo der gewöhnliche für Eisenstücke der hier in Frage kommenden Art ist. Kann nun aber hienach die Beklagte eine Vermuthung dafür, daß die Schädigung Folge des Aufladens der Güter in Antwerpen sei, nicht für sich in Anspruch nehmen, so fehlt überhaupt der Beweis für diese Behauptung und fällt dieselbe deßhalb dahin.

7. Da die Beklagte nach dem Gesagten keinen der in Art. 24 des Transportgesetzes vorgesehenen Beweise geleistet hat, so ist die Frage ihrer Haftpflicht auf Grund des hiesigen Rechtes im Prinzipe zu bejahen und frägt es sich nun bloß noch, ob ihr der Beweis gelungen sei, daß der Unfall vor Uebergabe des Frachtgutes an die Schweiz. Centralbahn eingetreten und ein Rückgriff gegenüber den Vorbahnen ausgeschlossen sei. — In ersterer Richtung ist die Frage zu bejahen, denn aus dem Berichte des Stationsvorstandes in Wettingen ergibt sich, daß der Wagen, in welchem das beschädigte Transportgut verladen war, dem Zug Nr. 421, der am Morrgen des 8. Januar bei Seebach mit dem Klotener Zug zusammenstieß, nicht einverleibt worden ist, womit die Klagebehauptung, daß die Havarie bei diesem Zusammenstoß eingetreten sei, dahinfällt und anderseits liegt ein Revers vor, den sich die Centralbahn von Seite der Elsaß-Lothringeschen Bahn hat ausstellen lassen und in welchem die Letztere gegenüber Ersterer anerkennt, daß die Traverse schon beim Uebergang des betreffenden Wagens auf Schweizergebiet zerbrochen gewesen sei. Diese Urkunde ist beweisbildend, weil kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß dieselbe nicht wirklich am 6. Januar, dem Tage des Uebergangs des Frachtgutes auf Schweizergebiet, ausgestellt worden sei und nicht einzusehen ist, wieso die Ausstellerin sich herbeigelassen hätte, eine derartige, sie nur belastende Erklärung abzugeben, wenn dieselbe mit der Wirklickkeit nicht übereinstimmen würde.

8. Dagegen kann nun der weitere Beweis, daß ein Rückgriff gegen die Vorbahnen ausgeschlossen sei, nicht als geführt betrachtet werden. Was zunächst den Rückgriff gegen die Elsaß-Lothringer Bahn anbetrifft, so enthält allerdings das deutsche Handelsgesetzbuch keine dem Art. 31 des schweizerischen Transportgesetzes entsprechende Bestimmung, allein trotzdem ist der der Klägerin dafür obliegende Beweis, daß die Havarie auf dem Transporte eingetreten sei, auch auf Grundlage dieser Gesetzgebung als geführt zu betrachten, weil Art. 2 des Reglements für den belgisch-schweizerischen Güterverkehr bestimmt, daß die Eisenbahn ohne schriftliche Anerkennung der Thatsache einer bereits vorhandenen Beschädigung des Transportgutes durch den Versender nicht verpflichtet ist, beschädigte Waare überhaupt anzunehmen und deßhalb aus der Annahme einer Waare ohne eine derartige Erklärung gewiß auf den unbeschädigten Zustand derselben geschlossen

werden kann, sofern wenigstens, wie hier, gesagt werden muß, daß die Beschädigung, wäre sie vorhanden gewesen, hätte wahrgenommen werden müssen. Dazu kommt, daß in Uebereinstimmung damit der Art. 22, Ziff. 3 des nämlichen, Vertragsinhalt bildenden Reglements, festsetzt, die Bahnverwaltung habe, wenn sie für die mit der bereits bei Empfangnahme des Frachtgutes vorhandenen Beschädigung verbundene Gefahr nicht aufkommen wolle, die Mängel durch die Versender anerkennen zu lassen. Endlish ist aber auch darauf zu verweisen, daß die annehmende Bahnverwaltung die Zahl der Collis verificirt, den Wagen bedeckt und geschnürt hat, eine vorhandene Beschädigung, wie sie hier in Frage kommt, aber bei diesen Manipulationen unbedingt hätte wahrnehmen müssen und folglich daraus, daß sie weder einen bezüglichen Vorbehalt in den Frachtbrief, noch in die ausgestellte Empfangsbescheinigung aufgenommen hat, wiederum auf die damalige Abwesenheit jeder Schädigung geschlossen werden muß. Der Einwand, daß die angeführten Reglementsbestimmungen (Art. 2 und 22 Zif. 3) sich nur auf Stück- und nicht auf Wagenladungsgüter beziehen, findet in dem Wortlaut derselben keine Unterstützung und sprechen für eine solche Unterscheidung auch sonst keinerlei Momente.

9. Was die Einrede, daß der Schaden eine Folge der natürlichen Zerbrechlichkeit des Gutes sei, betrifft, so ist die vertragliche Vermuthung, daß leicht zerbrechliche Gegenstände in Folge dieser, ihrer Eigenschaft untergegangen seien, allerdings auch nach dem deutschen Handelsgesetzbuch zuläßig (Art. 424 Zif. 4 und 6 Schlußsatz), allein es muß eben auch hier gesagt werden, daß ein Beweis dafür mangelt, daß Traversen von der Konstruktion und Stärke der in Frage stehenden zu den Gütern gehören, welche ihrer eigenthümlichen, natürlichen Beschaffenheit wegen der besondern Gefahr ausgesetzt sind, Beschädigung durch Bruch zu erleiden, und überdem feststeht, daß der in concreto eingetretene Bruch die Folge eines *anormalen* Vorkommnisses und nicht der natürlichen Disposition zum „Bruch“ ist.

10. Bezüglich des Mangels der Verpackung ändert sich die Entscheidung ebenfalls nicht, weil das deutsche Recht dießfalls mit dem schweizerischen übereinstimmt; der Mangel, wenn es überhaupt ein solcher ist, was nicht feststeht, war erkennbar, ist aber auf dem Frachtbrief nicht konstatirt worden (Art. 424 Zif. 2 des D. H.-G.-B.).

11. Dagegen verlangt nun allerdings das deutsche Recht für die Verbindlichkeit einer Vereinbarung des Inhalts, daß Schäden, welche bei Selbstverladung durch den Versender die Folge des Aufladens sein könnten, auch wirklich mit dieser Manipulation zusammenhängen, nicht, daß die Bahn dafür eine Frachtermässigung gewähre, allein wenn man die besagte Vermuthung deßwegen auch gelten lassen wollte, so ist sie durch den Expertenbericht, wonach nur ein *anormales* Vorkommniß auf dem Transport die Ursache der Havarie sein kann, in Verbindung mit dem Umstand widerlegt, daß die annehmende Bahnverwaltung trotz Verification der Collis keinerlei Schädigung an denselben wahrgenommen hat.

12. Die letztere Frage ist übrigens deßwegen nicht von entscheidender Bedeutung, weil der Ausschluß der Haftpflicht gegenüber der Elsaß-Lothringer-Bahn die Befreiung der Beklagten noch nicht zur Folge hätte, zumal nicht bewiesen ist, daß der Unfall auf ihrem Transportgebiet eintrat, also auch auf dem Gebiet der Belgischen Bahn eingetreten sein kann und somit der weitere Beweis geführt sein müßte, daß auch diese nicht belangt werden könnte, welche Voraussetzung nicht zutrifft.

13. Die Beklagte hat es unterlassen, den Nachweis dafür anzutreten, daß die belgische Transportgesetzgebung in irgend einem der hier in Frage kommenden Punkte von der schweizerischen abweiche und deßhalb muß Uebereinstimmung der beiden Gesetzgebungen angenommen werden, zumal die belgische dem Richter von Amtswegen nicht bekannt ist (siehe auch § 289 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes). Diese Annahme aber hat nach den bisherigen Ausführungen ohne weiters zur Folge, daß auch die Möglichkeit und Zulässigkeit eines Rückgriffrechtes gegenüber der belgischen Staatsbahn angenommen werden muß, zumal insbesondere nichts dafür

vorliegt, daß die belgische Gesetzgebung eine **Vereinbarung** des Inhalts anerkenne, es solle **ein Schaden,** der die Folge des Aufladens **gewesen** sein könne, auch als damit zusammen**hängend** betrachtet werden, *ohne* daß **die Bahn** als Aequivalent eine Ermäßigung **der Fracht** eintreten läßt. Endlich ist aber **auch hier** zu sagen, daß der Gegenbeweis **geleistet** wäre. Die Ausführung der Beklagten, es könnte beim Aufladen ein *unmerklicher* Bruch eingetreten und sich dann beim ganz gewöhnlichen Transport erweitert und vervielfältigt haben, ist denn doch zu unwahrscheinlich.

14. Was endlich das Quantitativ betrifft, so ist ganz klar, daß nur die 700 Fr. als gemeiner Handelswerth der Traverse gutgeheissen werden können, wofür einfach auf die Art. 25 des schweizerischen Gesetzes, 396 des deutschen Handelsgesetzbuches und 457 des schweizerischen Obligationenrechtes nebst der Anmerkung 1 im Commentar von Schneider und Fick zu dieser Gesetzesstelle und auf die bezüglichen Reglementsbestimmungen (Art. 23 des belgisch-schweizerischen und Art. 68 des deutschen Reglements) verwiesen werden kann. Den Art. 27 des Transportgesetzes ruft die Klägerin mit Unrecht an, weil ein Beweis dafür, daß der Untergang des hier in Frage kommenden Frachtstückes die Folge einer Arglist oder groben Fahrläßigkeit der Bahnverwaltung sei, überall nicht geführt ist. Wie die erste Instanz diesen Beweis in der Thatsache finden kann, daß ein anormales Vorkommniß im Transport den Schaden herbeigeführt habe, ist nicht recht verständlich, wenn man berücksichtigt, daß natürlich auch ein solches auf Zufall beruhen kann, jedenfalls aber nicht ohne weiteres angenommen werden darf, daß demselben zum Mindesten eine *grobe* Fahrläßigkeit zu Grunde liege. Das deutsche Gesetz verlangt sogar eine „bösliche" Handlungsweise, welche noch weniger nachgewiesen ist.

Schluss:

1. Die Appellation beider Parteien ist unbegründet.
2. Die Beklagte ist schuldig, an die Klägerin 700 Fr. nebst Zins à 5 % seit dem 17. Februar 1885 zu bezahlen; mit ihrer Mehrforderung wird die Klägerin abgewiesen.

Streit über die formelle Gültigkeit einer einseitigen, jedoch in die Form eines wechselseitigen Erbvertrages eingekleideten Verfügung auf den Todesfall.

Zulässigkeit des Legates der Naturalnutzniessung an bestimmten Nachlassobjekten zu Gunsten des überlebenden Ehegatten innerhalb der Grenzen des § 2039 des P.-R. G.-B.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 30. November 1886, i. S. Söhne Hofmann ca. Wittwe Hofmann.

Johannes Hofmann, Schuhhändler in Seen, der sich anno 1862 mit der Katharina geb. Kuhn in zweiter Ehe verheiratet hatte, errichtete am 7. Februar 1870 ein eigenhändiges Testament, in welchem er seinem Sohn Jakob legatsweise ein Fünfttheil seines dereinstigen Nachlasses vermachte. *Am gleichen Tage* setzten er und seine Ehefrau gemeinschaftlich folgende Urkunde auf:

Wechselseitiger Erbvertrag:

Ich, Johannes Hofmann bestimme durch gegenwärtiges, mein eigenhändiges Testament, daß wenn ich vor meiner Frau sterben sollte, derselben anstatt der auf das Erbgesetz sich gründenden Ansprüche (§ 1947 des p.-r. G.-B.) an meinem Nachlaß folgende Rechte eingeräumt sein sollen:

I. Nach freier Auswahl, so lange sie Wittwe bleibt, entweder die Nutznießung an 12,000 Fr. Kapital oder die ausschließliche Benutzung meiner Behausungen Nro. 272 und 49.

II. Im Wiederverehelichungsfalle aber die Summe von 2000 Fr. zu Eigenthum.

III. Ihr mir zugebrachtes Weibergut bleibt ihr selbstverständlich vorbehalten.

In dankbarer Erwiderung obiger fürsorglicher Bestimmungen meines l. Ehemannes

erkläre ich, Katharina geb. Kuhn, durchaus keine weitern Ansprüche an den Nachlaß meines Mannes, falls er vor mir sterben sollte, je machen zu wollen, welche Erklärung derselbe ebenfalls abgibt mit Bezug auf die ihm, falls ich vor ihm sterben sollte, an meinem Nachlaß nach gesetzlicher Vorschrift gebürenden Ansprüche.

Johannes Hofmann.
Katharina Kuhn.

Der I. Theil der Urkunde, enthaltend die letztwillige Disposition des Ehemannes, ist von diesem und der II. von der Frau *eigenhändig* geschrieben.

Beide Dispositionen, „das eigenhändige Testament" zu Gunsten des Sohnes Jacob und der sogenannte „Wechselseitige Erbvertrag" wurden am 17. Februar 1870 in der Notariatskanzlei hinterlegt.

Am 4. November 1885 starb Hofmann und hinterließ neben der Wittwe zwei volljährige Söhne aus erster Ehe, Jacob und Rudolf. Gestützt auf den sogenannten wechselseitigen Erbvertrag machte die Wittwe die Naturalnutznießung an den beiden im Nachlasse vorhandenen Häusern No. 272 und 49 geltend, allein die Söhne bestritten diesen Anspruch. Sie stellten sich auf den Standpunkt, es liege gar keine formell gültige letztwillige Disposition zu Gunsten der Wittwe vor; der sogenannte wechselseitige Erbvertrag sei in Wirklichkeit kein solcher, weil die Frau dem Manne überall keine erbrechtlichen Vortheile an ihrem dereinstigen Nachlaß einräume, sondern nur letzterer der erstern; zu einem gültigen *einfachen* Erbvertrag aber, als was sich die Urkunde ihrem Inhalte nach darstelle, fehle die gesetzlich vorgeschriebene Form der notarialischen Fertigung. Demgemäß ging ihr Begehren darauf, daß der Wittwe nur die gesetzlich vorgesehene Statutarportion, bestehend in der Nutznießung des vierten Theiles der reinen Verlassenschaft außer dem Hausrathe, dessen Hälfte sie ebenfalls an sich ziehen möge, — zugesprochen werde und zwar in der Meinung, daß sie einfach auf die Verzinsung eines dem vierten Theile der reinen Verlassenschaft gleichkommenden Kapitals Anspruch habe. Für den Fall als die Disposition des Erblassers als formell gültig erklärt werden sollte, verlangten die Söhne Verwerfung jeder Naturalnutznießung, weil solche einer Ehefrau überhaupt nicht legirt werden könne und weil sie im Falle Anerkennung derselben nicht mehr die Hälfte ihrer Erbtheile frei hätten. Die beiden Behausungen, deren Naturalnutznießung die Wittwe ansprach, wurden von dieser auf 12,500 Fr. taxirt, die Söhne dagegen legten denselben bloß einen Werth von 10,000 Fr. bei und rechneten eine reine Verlassenschaft von 27,843 Fr. 50 aus; davon meinten sie, müsse zunächst das Praelegat zu Gunsten des Sohnes Jacob (1/5 Theil der reinen Verlassenschaft zu Eigenthum) abgezogen werden und es könne die Wittwe höchstens die Nutznießung an der Hälfte des noch übrig bleibenden Kapitalwerthes beanspruchen.

Beide Instanzen schützten die von der Wittwe angesprochene Nutzniessung an den beiden Häusern und zwar die Appellationskammer

aus folgenden Gründen:

1. Die Klage bezweckt die Feststellung der erbrechtlichen Ansprüche der Beklagten am Nachlasse ihres verstorbenen Ehemannes und da nun die Parteien vor allem aus darüber streiten, ob für Art und Umfang dieser Ansprüche einzig das Gesetz oder aber zunächst die letztwillige Disposition des Erblassers, betitelt: „Wechselseitiger Erbvertrag" vom 7. Februar 1870 maßgebend sei, so ist natürlich vorerst darüber zu entscheiden.

2. Die Beantwortung dieser Frage hängt einfach davon ab, ob die erwähnte Disposition des Erblassers auf den Todesfall formell anfechtbar sei oder nicht. Dieß ist nun aber mit der ersten Instanz zu verneinen. Es kann nicht bestritten werden, daß der vorliegenden Urkunde der Charakter eines wechselseitigen Erbvertrages abgeht, weil eben die beiden Vertragspersonen darin nicht *zugleich* als Erblasser *und* Vertragserben bez. vertraglich Bedachte auftreten, sondern der Ehemann Hofmann lediglich als Erblasser und seine Frau ausschließlich als Bedachte auftritt. Von einer *gegenseitigen* Einräumung erbrechtlicher Vortheile ist hier keine Rede, denn die Frau disponirt in keiner Weise über das Schicksal ihres dereinstigen Nachlasses,

also auch nicht zu Gunsten ihres Mannes, sondern acceptirt nur die zu ihren Gunsten lautende Verfügung des letztern mit dem Zusatz, daß sie damit zufrieden sei und etwas Mehreres nicht verlange. Der Ehemann wollte auch gar keine letztwillige Zuwendung von seiner Frau, sondern war vollkommen zufrieden mit dem, was ihm das Gesetz zuwies, welcher Thatsache die Beklagte durch den Schluß ihrer Erklärung noch speziellen Ausdruck verlieh. Daß eine Zuwendung der letztern an ihren Mann darin erblickt werden könne, daß sie erklärt, nichts Weiteres an seinem Nachlaß beanspruchen zu wollen, als was er ihr zugesichert habe, bedarf kaum einer ernstlichen Widerlegung. Es könnte selbst dann nicht davon gesprochen werden, wenn die Zuwendungen des Erblassers die gesetzliche Statutarportion der Beklagten nicht erreichen würden und demnach diese mit jener Erklärung auf einen gesetzlichen Anspruch verzichtet hätte, weil sie auch dann immer nur als Bedachte und nicht zugleich als Erblasserin, die auch über ihren eigenen Nachlaß zu Gunsten des andern Vertragstheiles verfügt, erscheint. In diesem Falle, der übrigens keineswegs vorliegt, wäre einfach mit der Zuwendung ein Erbverzicht bezüglich desjenigen verbunden, was das Gesetz darüber hinaus gewährt hätte.

3. So sicher und unzweifelhaft nun aber auch diese Ausführungen sind, ebenso klar dürfte sein, daß die Eheleute einen einfachen Erbvertrag abschliessen wollten, denn nicht nur handelte es sich darum, der Beklagten allein erbrechtliche Vortheile am Nachlaß ihres Ehemannes zuzusichern, sondern dieß auch in vertraglicher, also für den Erblasser verbindlicher Weise zu thun und nun muß zugegeben werden, daß dieser letztere Wille, der Beklagten ein Vertragsrecht dahin gehend einzuräumen, daß der Erblasser die ihr an seinem dereinstigen Nachlaß zugesicherten Vortheile nicht durch anderweitige Verordnungen auf den Todesfall hin wieder aufhebe oder beschränke, nicht wirksam geworden ist, weil einfache Erbverträge zu ihrer Gültigkeit der notarialischen Fertigung bedürfen und diese Form nicht beobachtet worden ist. Eine weitergehende Wirkung aber hat die Außerachtlassung der notarialischen Fertigung nicht, namentlich also nicht die der Ungültigkeit der Disposition überhaupt. Die letztere ist vielmehr durchaus gültig, sofern sie nur in der Form, in welcher Verfügungen dieser Art, d. h. letztwillige, *jederzeit widerrufliche* Dispotionen errichtet werden müssen, errichtet worden ist und das Vorhandensein dieses Requisites unterliegt keinem Zweifel und wird übrigens klägerischerseits auch gar nicht in Abrede gestellt. Die Urkunde, auf die es hier ankommt, ist nichts Anderes als, wie auch die erste Instanz sagt, ein eigenhändiges Testament, das jeden Augenblick widerrufen werden konnte, aber weil es eben nicht widerrufen worden ist, seine volle Wirkung äußert. Der Umstand, daß der Erblasser darin auf den Widerruf verzichtet und dieser Verzicht sogar acceptirt wird, ändert an der Gültigkeit der Disposition selbst nichts. Ungültig ist nur der Verzicht auf den Widerruf und dessen Acceptation und diese Ungültigkeit bedeutungslos, weil eben ein Widerruf nicht stattgefunden hat. Der § 2102 des p.-r. G.-B. beweist, daß ein Testament, welches eine Verzichtsclausel betreffend Widerruf enthält, um dessentwillen nicht ungültig ist und nun ist nicht einzusehen, warum es ungültig sein sollte, wenn zu dieser Verzichtsclausel noch eine Acceptation tritt.

4. Muß hienach die formelle Gültigkeit der letztwilligen Disposition des Erblassers anerkannt werden, so ist natürlich auch diese zunächst maßgebend für Art und Umfang der erbrechtlichen Ansprüche der Beklagten und kommt das Gesetz nur insoweit in Betracht, als es den *materiellen* Inhalt letztwilliger Dispostionen einschränkt. Der Beklagten ist nun wahlweise legirt die Nutznießung an 12,000 Fr. Kapital oder die Nutznießung der im Nachlasse vorhandenen zwei Häuser, beides so lange sie im Wittwenstande verharrt. Für den Fall der Wiederverehlichung sind ihr 2000 Fr. als Eigenthum zugesichert. Ueber die materielle Gültigkeit der letztern Disposition haben sich die Parteien weder erst- noch zweitinstanzlich ausgesprochen und daraus muß geschlossen werden, daß sie darüber einen Entscheid wenigstens im gegenwärtigen Prozesse nicht

verlangen. Ein solcher könnte übrigens auch nicht gegeben werden, weil ganz ungewiß ist, ob derselbe jemals praktische Bedeutung erlangen würde und die Gerichte nicht gehalten sind, bloß hypothetische Streitfragen zu entscheiden. Die Beklagte soll 77 Jahre alt sein und wird demnach wohl kaum noch zu einer neuen Ehe schreiten. Zu prüfen ist demnach bloß, ob die für die Zeit des Wittwenstandes der Beklagten vom Erblasser gegebenen Dispositionen aufrecht erhalten werden können oder nicht und auch von diesen fällt die erste, enthaltend die Zusicherung der Nutznießung an 12,000 Fr. Kapital außer Betracht, weil die Beklagte ihr Wahlrecht im Sinne der Inanspruchnahme der Naturalnießung an den beiden Wohnhäusern ausgeübt, dementsprechend heute erklärt hat, daß sie sich mit dieser Nutznießung als für sämmtliche Ansprüche am Nachlaß während des Wittwenstandes abgefunden erachte und weil dieser Anspruch, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, auch geschützt werden muß.

5. Die Kläger haben die prinzipielle Zuläßigkeit des Legates der Naturalnutznießung an den beiden Häusern in Abrede gestellt, jedoch mit Unrecht. Nach § 2039 des Pr. G.-B. kann dem überlebenden Ehegatten, wenn die ehlichen Nachkommen des Erblassers, wie hier, volljährig sind, die lebenslängliche Nutznießung an einem der Hälfte der reinen Verlassenschaft gleichkommenden Werth legirt werden und es ist nicht gesagt, daß dieser Werth nur eine Geldsumme sein könne, es kann gewiß auch irgend ein beliebiges Nachlaßobjekt sein, resp. es kann dem Bedachten ein solches Objekt in der Meinung zur Naturalnutznießung angewiesen werden, daß er sich den ökonomischen Werth dieser letztern an dem Betrag abrechnen lasse, den die Nutznießung an der Hälfte der reinen Verlassenschaft ausmacht, die Hauptsache ist immer nur die, daß der begabte Ehegatte dem Werth nach nicht mehr empfange als die Nutznießung an der Hälfte der reinen Verlassenschaft ausmachen würde. Die Frage stellt sich demnach dahin: Ist die Nutznießung an den beiden Häusern eine Nutznießung an einem größern Werth als wie er der Hälfte der reinen Verlassenschaft zukommt? und darauf kann schon jetzt eine verneinende Antwort gegeben werden. Die Kläger berechnen den Werth der reinen Verlassenschaft auf 27,843 Fr. 50 Rp., verlangen dann aber noch Abrechnung des dem Jacob Hofmann praelegirten $^1/_5$theils; ob dieses letztere Begehren gerechtfertigt und juristisch haltbar ist, kann füglich dahin gestellt bleiben, weil, auch wenn dieser Abzug vorgenommen wird, die Hälfte der dann sich ergebenden reinen Verlassenschaft immer noch höher ist als der Werth der beiden Häuser, deren Nießbrauch die Beklagte beansprucht. Nach Vornahme dieses Abzuges mit Fr. 5568 Fr. 70 bleiben nämlich als Betrag, dessen Hälfte als nutznießungspflichtig erklärt werden durfte, 22,274 Fr. 80 Rp. Die Hälfte davon beträgt 11,137 Fr. 40 Rp. und an einem solchen Werthe konnte demnach der Beklagten die Nutznießung legirt werden, sie ist ihr aber auch an keinem größern legirt worden, denn die Kläger legen den beiden Häusern selbst nur einen Werth von 10,000 Fr. bei. Heute führen sie nun allerdings aus, daß der Nutzen derselben an Miethzinsen 6—800 Fr. betrage, also bedeutend höher sei als der Zins von 10,000 Fr. à 4 %, allein wenn dem so ist, so hätte eben ein größerer Kapitalwerth der Häuser geltend gemacht werden sollen und weil das nicht geschehen ist, so kommt auf jene Thatsache überall nichts an. Zudem wäre sie auch wegen Verspätung auszuschliessen und endlich ist zu bemerken, daß der Zinsertrag noch lange nicht geichbedeutend ist mit dem reinen Nutzen, denn davon gehen ab die Spesen im Sinne des § 744 des p.-r. G.B.

6. Nach diesen Ausführungen muß das erstinstanzliche Urtheil unter Kosten- und Entschädigungsfolge für die Kläger bestätigt werden.

Die Grenzen des „verflossenen und laufenden" Jahres, für dessen Zins der Art. 294 des O.-R. dem Vermiether ein Retentionsrecht einräumt.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 6. November 1886, Klaiber & Cie. ca. Bühler.

Heinrich Rikler, Weinhändler, hatte von Jakob Bühler Wohnung, Keller und Schuppen gemiethet für den jährlichen Miethzins von 1150 Fr., zahlbar in vierteljährlichen Raten. Die Miethe begann mit dem *1. Juli 1884* und war auf 3 Jahre unaufkündbar. Am *28. Juni 1886*, also 2 Tage vor dem Ablauf des zweiten Miethjahres gerieth der Miether Rikler in Konkurs und in diesem meldete der Vermiether Bühler folgende Forderungen an:

1. Einen Vierteljahrszins für die Zeit vom *1. Jenner bis 1. April 1886* mit	Fr.	287. 50
2. Einen Vierteljahrszins für die Zeit vom *1. April bis 1. Juli 1886* mit	„	287. 50
3. Einen Jahreszins für die Zeit vom *1. Juli 1886 bis 1. Juli 1887* mit	„	1150. —
zusammen	Fr.	1725. —

wofür das Retentionsrecht des Vermiethers (Art. 294 des O.-R.) in Anspruch genommen wurde. Einzelne Gläubiger bestritten dieses letztere theilweise und der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich schützte dasselbe für den Miethzins vom 1. Jenner 1886 bis 1. April 1887 ($1^1/_4$ Jahr, statt $1^1/_2$ Jahr) = 1437 Fr. 50, verwarf es dagegen für den Miethzins vom 1. April 1887 bis 1. Juli gl. J., betragend 287 Fr. 50, davon ausgehend, daß unter dem Zinse „des *laufenden* Jahres" derjenige zu verstehen sei, von dem noch nichts verfallen sei, im vorliegenden Falle also derjenige, welcher seit dem letzten, vor der Konkurseröffnung verstrichenen Verfalltage (1. April 1886) laufe, woraus sich ergebe, daß der Miethzins für die Zeit vom 1. Jenner bis 1. April 1886 solcher des „*verflossenen*" und derjenige für die Zeit vom 1. April 1886 bis 1. April 1887 solcher des „*laufenden*" Miethjahres sei.

Anderer Ansicht war die zweite Instanz. Sie betrachtete als verflossenes Miethjahr dasjenige vom 1. Juli 1884 bis 1. Juli 1885 und als laufendes dasjenige vom 1. Juli 1885 bis 1. Juli 1886 und hiess desshalb das Retentionsrecht nur für den Zins des laufenden Miethhalbjahres vom 1. Jenner 1886 bis 1. Juli 1886, also für 575 Fr. gut und verwarf es dagegen für den Zins der Folgezeit vom 1. Juli 1886 bis 1. Juli 1887.

Gründe:

Sobald man die Bezeichnung „Jahr" in Art. 294 des O.-R. nicht auf das Kalenderjahr beziehen will, wofür nichts zu sprechen scheint und was auch keine der Parteien thun möchte, kann dieselbe nur auf das Miethjahr bezogen werden und nach dem Vertrage ist es klar, daß dasselbe sich auf den Zeitraum vom 1. Juli bis 30. Juni folgenden Jahres erstreckte. Nun ist Rikler schon am 28. Juni 1886 in Konkurs gerathen, also im Laufe des Miethjahres 1885/86. Die vom Konkursrichter adoptirte Auslegung wäre dann richtig, wenn der Gesetzgeber dieselbe ausdrücklich ausgesprochen oder auch nur angedeutet hätte, daß dem Vermiether mindestens $^5/_4$ Jahreszinsen zu bezahlen seien bei Annahme vierteljährlicher Verzinsung. Das ist nicht geschehen und anderseits ist daran festzuhalten, daß das Retentionsrecht des Vermiethers ein Privilegium ist, welches im Zweifel stets in einschränkendem Sinne gedeutet werden muß. Wäre übrigens der Miethzins nicht nur jährlich berechnet, sondern auch in Jahresraten zahlbar erklärt worden, so wäre die Auslegung der I. Instanz vollends ohne jeglichen Anhaltspunkt, es ist nun aber nicht einzusehen, warum die Theilung des Jahreszinses in Quoten die Dauer des Retentionsrechtes verlängern sollte.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

Schweizer Blätter

für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

VI. Band.

Jahrgang 1887.



ZÜRICH.
Verlag von Orell Füssli & Comp.
Druck von E. EPPRECHT in Affoltern a. A.
1887.

Inhaltsverzeichniss

zum Jahrgang 1887.

15. Januar 1887. VI. Band. № 1.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Schweizerischen Bundesgerichtes
vom 13. November 1886
in Sachen
des *Wilhelm Brunner* von Hausen a. A., derzeit in Omaha, Staates Nebraska, Nordamerika, Beklagten und Rekurrenten,
gegen
Adolf Brunner, Direktor der Emailfabrik in Zug, Kläger und Rekursbeklagten,
betr. Schuldscheinforderung.

Auch die Frage der örtlichen Rechts-Anwendung bezüglich eines streitigen obligatorischen Verhältnisses ist nach demjenigen Gesetz zu beurtheilen, unter dessen Herrschaft das letztere zur Existenz gelangt ist. (Art. 882 Abs. 1 des O.-R.)

Die Klageverjährung richtet sich nach demjenigen örtlichen Rechte, welchem die Obligation selbst nach Wesen und Wirkung unterworfen ist.

Für die Vollendung *laufender* Verjährungen ist *prinzipiell* das neue Recht (Schweiz. O.-R.) maßgebend. (Art. 883 des O.-R.)

Die Unterbrechungsgründe des neuen Rechts gelten dagegen nur für den unter *seiner* Herrschaft, nicht aber auch für den unter der Herrschaft des kantonalen Rechts abgelaufenen und in die Verjährungsfrist einzurechnenden Zeittheil der letztern, für diesen sind vielmehr einzig die Unterbrechungsgründe des alten Rechts maßgebend. (Art. 883 Abs. 3 des O.-R.)

Der Art. 883 Abs. 3 des O.-R. bezieht sich nicht nur auf die eigentliche Unterbrechung der Verjährung im Sinne des Art. 154, sondern auch auf die Sistirung (das Stillstehen, Ruhen) derselben im Sinne des Art. 153 des O.-R.

Die Vorschrift des Art. 883 Ziff. 1 des O.-R., daß, „wo durch dieses Gesetz eine Verjährung von 5 oder mehr Jahren eingeführt wird, es zur Vollendung derselben noch des Ablaufs von mindestens zwei Jahren seit dem 1. Januar 1883 bedarf", bezieht sich nur auf den Fall, wo das Obligationenrecht das kantonale hinsichtlich der Verjährungsfrist inhaltlich abändert, die letztere verlängert oder verkürzt, nicht aber auf den Fall inhaltlicher Uebereinstimmung beider Rechte.

Der Art. 153 Ziff. 6 des O.-R. findet auch auf diejenigen Fälle Anwendung, in denen sich der Schuldner schon bei Begründung des Forderungsrechtes außerhalb der Schweiz aufhält und deshalb nicht daselbst belangt werden kann, vorausgesetzt nur, daß die Verjährungsfrage überhaupt vom schweizerischen Recht beherrscht wird.

Thatsächliches:

A. Der Kläger A. Brunner und sein jüngerer Bruder, der Beklagte W. Brunner wanderten im Jahre 1869 miteinander nach Nordamerika aus, wo sie in den Jahren 1870 bis 1872 gemeinsam die Baumwollfarm „La Grange" im Staate Georgia betrieben. Nach zweijährigem gemeinsamem Betriebe trennten sie sich. Der Kläger kehrte in die Heimat zurück, der Beklagte dagegen blieb noch fernerhin auf der Farm; einige Zeit später veräußerte er indeß diese Farm und ließ sich successive an verschiedenen Orten Nordamerikas (zuletzt in Omaha, Nebraska) nieder.

Vor der Abreise des Klägers von „La Grange" stellte der Beklagte demselben drei Schuldscheine über 15,000 Fr., 10,000 Fr. und 2907 Fr. 50 aus, welche sämmtlich das Datum *La Grange, Go., U. St. A., 1872. Juni 24. tragen* und in welchem der Beklagte „bescheinigt", dem Kläger die erwähnten Summen zu schulden. Der Schuldschein über 15,000 Fr. ist seit Weihnachten 1870 zu $4^1/_2$ %, derjenige über 10,000 Fr. seit Weihnachten 1873 ebenfalls zu $4^1/_2$ % verzinslich gestellt, dagegen ist der Schuldschein über 2907 Fr. 50 als unverzinslich bezeichnet. In allen 3 Scheinen ist übereinstimmend bemerkt, daß W. Brunner dem A. Brunner als Sicherheit für die Forderung „hiemit sein ihm noch zukommendes Erbe verschreibe" und daß „für diese Summe einjährige Kündigung" gelte. Weitere Angaben, insbesondere über den Schuldgrund, enthalten die Scheine nicht.

B. Im Jahre 1880 fiel dem Beklagten (mit welchem der Kläger in fortwährendem brieflichem Verkehre stand) ein Erbe von ca. 3500 Fr. seitens einer in Hausen, Kanton Zürich domicilirten, am 23. April genannten Jahres verstorbenen Tante Forrer an, welches ihm mit dem Willen und unter Vermittlung des Klägers ausgehändigt wurde. Ebenso fiel ihm im Jahre 1885 ein Erbtheil von ca. 4000 Fr. von einer am 21. September 1884 verstorbenen Tante Huguenin an, der ihm gleichfalls ohne Widerspruch seitens des Klägers ausbezahlt wurde.

C. Am 19. Mai 1885 verstarb der in Albisbrunn (Zürich) domicilirte Vater der Litiganten, Dr. med. Brunner. Nach diesem Todesfalle erinnerte der Kläger durch Schreiben vom 15. Juli 1885 den Beklagten zum ersten Male an die im Jahre 1872 eingegangenen Verpflichtungen und ersuchte ihn um Vorschläge, wie er dieselben einzulösen gedenke, indem er beifügte, daß außer dem Kapital 14,962 Fr. 50 Zinsen aufgelaufen seien, deren Bezahlung er nunmehr verlangen müsse. Da der Beklagte hierauf nicht antwortete, ließ der Kläger im Oktober 1885 den väterlichen Erbtheil des Beklagten mit Arrest belegen und leitete den *17*. Oktober 1885 beim Friedensrichteramt Zürich im ordentlichen Verfahren Klage ein. Die vom 30. Oktober datirte Weisung ist dem Bezirksgericht Zürich am 2. November 1885 eingereicht worden. Für den Fall, daß nicht angenommen würde, die Schuld sei mit dem Tode des Vaters Brunner ohne Weiteres fällig geworden und daß auch in dem klägerischen Schreiben vom 15. Juli 1885 eine Kündigung nicht erblickt würde, hat Kläger dem Beklagten die Forderung durch Schreiben vom 1. Dezember 1885 auf den 31. Dezember 1886 förmlich gekündigt.

D. Die Rechtsbegehren des Klägers gingen laut Weisung dahin:

1. Der Beklagte sei schuldig, an den Kläger zu bezahlen

   Fr. 15,000 sammt Zins à $4^1/_2$ % seit Weihnachten 1870 laut Obligo vom 24. Juni 1872,

   Fr. 10,000 sammt Zins à $4^1/_2$ % seit Weihnachten 1873 laut Obligo vom gleichen Datum,

   Fr. 2907. 50 sammt Zins vom 19. Mai 1885 laut Obligo vom gleichen Datum.

2. Der Kläger sei berechtigt, sich zur Befriedigung seiner Forderung an den Erbantheil des Beklagten am väterlichen Nachlasse zu halten und daher dessen Herausgabe bis zum Betrage seiner Forderung zu verlangen.

E. Der Beklagte bestritt die Forderung, weil eine rechtsgültige Obligation nicht zu Stande gekommen sei, eventuell wurde der Klage die Einrede des Verzichtes und der Verjährung entgegengestellt. Die I. Instanz hat die Einrede der Verjährung gutgeheissen

und demnach die Klage abgewiesen. Die zweite Instanz (Appellationskammer des Obergerichtes) dagegen entschied mit Urtheil vom 12. Juni 1886 dahin:

1. Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger am *31. Dezember 1886* Fr. 27,907. 50 zu bezahlen; ferner sind gutgeheissen Zinse:
   a. von 15,000 Fr. à 4½ % seit 1. Januar 187*3*,
   b. von Fr. 10,000 à 4½ % seit Weihnachten 1873,
   c. von 2907 Fr. 50 à 4½ % seit 19. Mai 1885,

   die weitergehende Zinsforderung des Klägers ist abgewiesen.
2. Das zweite Rechtsbegehren ist abgewiesen.

F. Der Kläger begnügte sich mit diesem Urtheil, der Beklagte aber erklärte die Weiterziehung ans Bundesgericht und beantragte in der mündlichen Verhandlung, es sei unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urtheils:

1. auszusprechen, es komme vorliegend weder eidgenössisches noch kantonales Recht, sondern das Recht des Staates Georgia U. S. A. zur Anwendung und es sei nach diesem Rechte die Klage sofort des Gänzlichen abzuweisen, eventuell sei über den Inhalt des Rechtes des Staates Georgia der vom Beklagten anerbotene Beweis abzunehmen;
2. eventuell sei auszusprechen, daß die Klage sowohl nach eidgenössischem als kantonalem Rechte verjährt und aus diesem Grunde abzuweisen sei;
3. sei die vom Beklagten aufgeworfene Einrede des Verzichtes als begründet zu erklären, eventuell seien die hiefür vom Beklagten vor den kantonalen Instanzen angerufenen Zeugen einzuvernehmen.

Der Vertreter des Klägers dagegen beantragte: Die Weiterziehung der Gegenpartei sei abzuweisen und das angefochtene Urtheil zu bestätigen, eventuell, wenn das Bundesgericht finden sollte, es komme für die Frage der Verjährung ausschließlich kantonales Recht zur Anwendung oder es sei auf dieses Rechtsverhältniß amerikanisches Recht anwendbar, so sei die Sache an die zweite kantonale Instanz zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Da gegen die zweitinstanzliche Entscheidung nur der Beklagte, nicht dagegen der Kläger sich beschwert, so fällt das zweite Rechtsbegehren des letztern von vornherein außer Betracht und kann es sich nur noch um das erste Rechtsbegehren handeln.

2. Der Beklagte bestreitet die Rechtsgültigkeit der drei Schuldverpflichtungen vom 24. Juni 1872 deßhalb, weil dieselben den Schuldgrund nicht angeben, dieß aber nach dem Rechte des Staates Georgia, welches das Rechtsverhältniß beherrsche, zur Gültigkeit der Obligation erforderlich sei. Der Vorderrichter hat in dieser Richtung entschieden, daß aus einer Reihe von Umständen folge, der Wille der Parteien sei dahin gegangen, die fraglichen Schuldverpflichtungen seien nicht am Errichtungsorte, in Amerika, sondern in der Schweiz, bezw. im Kanton Zürich zu erfüllen; namentlich spreche hiefür, daß zur Zeit der Errichtung der Schuldscheine die Rückkehr des Klägers in die Heimat bereits beschlossene Sache gewesen und daß zur Sicherung der Forderungen das dem Beklagten noch zukommende Erbe verschrieben worden sei, was deutlich zeige, daß als Ort der Realisirung der Verpflichtungen derjenige Ort in Aussicht genommen worden sei, wo dem Beklagten voraussichtlich noch Erbschaften anfallen werden. Nach der auf Grund des § 5 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches erwachsenen Praxis sei nun aber für das örtliche Recht der Obligation im Zweifel der Erfüllungsort entscheidend. Es sei also zürcherisches Recht anwendbar und nach diesem seien die Schuldscheine gültig. Diese Entscheidung entzieht sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes, denn die streitigen Schuldscheine sind vor dem Inkrafttreten des eidg. Obligationenrechts ausgestellt worden; die Frage, welches örtliche Recht auf dieselben anwendbar sei, ist demnach gemäß Art. 882 Abs. 1 des O.-R. nicht nach eidgenössischem, sondern nach dem zur Zeit der Ausstellung geltenden kantonalen Rechte zu beurtheilen. Das Bundesgericht ist somit gemäß Art. 29 des Org.-G. nicht competent zu untersuchen, ob der Vorderrichter die Frage der örtlichen Rechtsanwendung richtig ent-

schieden habe, wie ihm natürlich auch nicht zusteht, zu prüfen, ob er das von ihm angewendete zürcherische Recht richtig ausgelegt habe.

4. Die Einrede des Verzichtes wird zunächst darauf begründet, daß der Kläger in seiner ganzen Correspondenz mit dem Beklagten bis nach dem Tode des Vaters Brunner (19. Mai 1885) seine Forderung mit keiner Silbe erwähne, obschon dazu wiederholt Veranlaßung vorgelegen hätte; sodann wird behauptet, der Kläger habe dem Vater Brunner (welcher die Manipulationen, die zur Ausstellung der Schuldscheine geführt haben, als eine Uebervortheilung des jüngern Bruders durch den ältern nicht habe anerkennen wollen), auf Ehrenwort versprochen, diese Scheine niemals geltend zu machen. Es ist zweifelhaft, ob das Bundesgericht zur Beurtheilung dieser Einrede überhaupt competent ist. Einerseits erscheint als fraglich, ob die Thatsachen, aus welchen der Verzicht gefolgert wird, der Zeit nach unter die Herrschaft des eidgen. O.-R. fallen, — nach der Darstellung des Beklagten wäre aber eher das Gegentheil anzunehmen, — anderseits könnte bezweifelt werden, daß sachlich eidgenössisches Recht anwendbar sei, weil es sich um einen *schenkungsweisen*, also nach den Regeln des kantonalen Rechtes über die Schenkung zu beurtheilenden Verzicht handle. Allein es mag dieß dahingestellt bleiben. Denn die vorderrichterliche Entscheidung über die Einrede des Verzichtes kann schon aus dem Grunde vom Bundesgerichte nicht materiell geprüft werden, weil sie auf einer beim Bundesgerichte nicht anfechtbaren thatsächlichen Feststellung beruht. Wenn der Vorderrichter ausführt, daß aus dem fortgesetzten Schweigen des Klägers für sich allein ein Verzicht desselben auf seine Forderung nicht folge, so liegt dieser Entscheidung gewiß ein Rechtsirrthum nicht zu Grunde. Für das vom Beklagten behauptete ausdrückliche Versprechen des Klägers aber ist nach der endgültigen Feststellung des Vorderrichters der Beweis nicht erbracht und das vom Beklagten in der bundesgerichtlichen Instanz gestellte Aktenvervollständigungsbegehren ist durchaus unzuläßig, da der angebotene Zeugenbeweis vom Vorderrichter aus prozessualen Gründen (wegen Unfähigkeit der angerufenen Zeugen) abgelehnt worden ist.

5. Es kann sich somit nur noch um die Einrede der Verjährung handeln. In dieser Richtung hat der Vorderrichter ausgeführt: Es sei für deren Beurtheilung das im Kanton Zürich geltende Recht maßgebend, da dasjenige örtliche Recht, welches die Wirkungen des Schuldverhältnisses beherrsche, auch für die Frage der Verjährung maßgebend sei. Des weitern müsse sich nun aber fragen, ob eidgenössisches oder kantonales Recht anwendbar sei. Da die Schuldscheine vom 24. Juni 1872 für die streitigen Forderungen eine einjährige Kündigungsfrist festsetzen, so seien dieselben erst am 24. Juni 1873 fällig geworden. Demnach sei für die Kapitalforderung und die seit dem 1. Januar 1873 laufenden Zinsen beim Inkrafttreten des eidgen. Obligationenrechtes die zehnjährige kantonale Verjährungsfrist keinenfalls abgelaufen gewesen. Gemäß Art. 883 sei daher die Einrede der Verjährung rücksichtlich dieser Ansprüche ausschließlich nach dem eidg. O.-R. zu beurtheilen. Gemäß Art. 883 nun sei noch der Ablauf von mindestens zwei Jahren seit 1. Januar 1883 zur Vollendung der Verjährung erforderlich. Die Verjährung wäre somit, da die Klage erst nach dem 1. Januar 1885 erhoben worden sei, eingetreten, wenn nicht Art. 153 Ziff. 6 des O.-R. entgegenstände. Dieser Artikel bestimme aber, „daß die Verjährung nicht beginnt und stille steht, falls sie begonnen hat, so lange ein Anspruch vor einem schweizerischen Gerichte nicht geltend gemacht werden kann.“ Diese Vorschrift müsse ihrem klaren Wortlaute nach ausgelegt und angewendet werden und dürfe nicht etwa, — wie die erste Instanz annehme, — dahin eingeschränkt werden, daß sie nur den Fall im Auge habe, wo der Schuldner nach Eingehung eines Schuldverhältnisses *im Inlande* ins Ausland ziehe. Nach Art. 214 des Gesetzes betr. die zürcherische Rechtspflege aber sei ein Gerichtsstand am Erfüllorte nur dann begründet, wenn der Beklagte an demselben anwesend sei oder dort Vermögensstücke besitze. Der Beklagte habe daher in der Schweiz frühestens im Jahre 1880,

wo ihm die erste Erbschaft im Kanton Zürich angefallen sei, belangt werden können. Bis dahin habe also der Lauf der Verjährung gemäß Art. 153 Ziff. 6 des O.-R. jedenfalls nicht begonnen. Von einer Vollendung derselben könne sonach gegenwärtig überall keine Rede sein. Anders verhalte es sich dagegen mit den Zinsen, welche seit Weihnachten 1870 und 1872 bis zum 1. Januar 1873 gelaufen seien. In Betreff dieser Zinsen sei die Verjährung, deren Beginn und Nichtunterbrechung vorausgesetzt, vor dem Inkrafttreten des Obligationenrechts vollendet gewesen und es komme daher das kantonale Recht zur Anwendung. Es sei nun anzuerkennen, daß ein den Beginn oder Ablauf der Verjährung hemmender Hinderungsgrund in Betreff dieser Zinsen gemäß §§ 1067 und 1068 des P.-R. G.-B. nicht vorgelegen habe und daß daher die Verjährung eingetreten sei.

6. In Prüfung der gegen diese Entscheidung des Vorderrichters gerichteten Beschwerde ist zu bemerken: Die Entscheidung in Betreff der vor 1. Januar 1873 aufgelaufenen Zinsen ist vom Kläger nicht angefochten und wäre übrigens, weil ausschließlich auf der Anwendung kantonalen Rechts beruhend, der Anfechtung beim Bundesgerichte nicht unterworfen. Es kann sich also nur um die Kapitalforderung und die spätern Zinse handeln. In Betreff dieser greift eidgenössisches Recht ohne Zweifel ein, da beim Inkrafttreten des O.-R. die Verjährung jedenfalls noch nicht vollendet war und nun keinem Zweifel unterliegen kann, daß nach Art. 883 des O.-R. für die Vollendung laufender Verjährung prinzipiell das neue Recht maßgebend ist. Nach eidgenössischem Rechte, d. h. nach dem zwar nicht ausgesprochenen, wohl aber aus Sinn und Geist des Gesetzes und aus der Natur der Sache zu entwickelnden Grundsätzen des eidg. Obligationenrechts über die Rechtsanwendung in örtlicher Beziehung ist daher in erster Linie zu entscheiden, ob für die Frage der Verjährung überhaupt schweizerisches und nicht etwa amerikanisches Recht zur Anwendung komme. In dieser Richtung ist dem Vorderrichter darin beizutreten, daß die Klageverjährung nach demjenigen örtlichen Rechte sich richtet, welchem die Obligation selbst nach Wesen und Wirkung unterworfen ist. Dieß ist zwar in Doctrin und Praxis keineswegs unbestritten; es hat vielmehr insbesondere die Ansicht, daß die Verjährung nach dem Gesetze des Wohnortes des Schuldners zu beurtheilen sei, neuerdings manche Vertreter gefunden (so z. B. von Bär, Internationales Privat- und Strafrecht, Seite 287 u. f.; Stobbe, deutsches Privatrecht, zweite Auflage, I. S. 233 u. f.; und insbesondere Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, Seite 195 u. folgd.). Allein überwiegende Gründe sprechen doch dafür, das örtliche Recht der Obligation als maßgebend zu erklären. Denn die Verjährung ist ein dem materiellen Rechte angehöriges Institut, welches den Inhalt des Forderungsrechtes von vornherein afficirt. (Vergleiche in diesem Sinne Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 14, S. 248, Civilrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichtes 1 Seite 126, 6 S. 25, 9 S. 225; vergleiche auch ibidem 2 S. 13, 7 S. 21.) Zudem folgt aus der Bestimmung des Art. 153 Ziff. 6 des O.-R. wohl unabweislich, daß nach dem Willen des schweizerischen Gesetzes nicht das Wohnortsrecht des Schuldners für die Verjährung maßgebend sein kann, da nach Art. 153 Ziff. 6 ibidem das Gesetz die Anwendbarkeit seiner Normen über Verjährung offenbar nicht von dem Wohnorte des Schuldners abhängig macht. Demnach ist dann aber, nachdem der Vorderrichter endgültig festgestellt hat, die Obligation sei dem schweizerischen Rechte unterworfen, auch für die Frage der Verjährung schweizerisches Recht anzuwenden.

7. Kommt also schweizerisches Recht zur Anwendung, so ist für die Vollendung der Verjährung, da dieselbe, wenn überhaupt, so jedenfalls erst nach dem 1. Januar 1883 eintrat (wie bereits bemerkt), prinzipiell das eidg. Obligationenrecht maßgebend. Zu weit geht aber der Vorderrichter, wenn er annimmt, daß der unter der Herrschaft des alten Rechts abgelaufene Zeittheil, der in die Verjährungsfrist einzurechnen ist (Art. 883 Abs. 1 des O.-R.), in allen Beziehungen nach dem eidg. Gesetze zu beurtheilen sei, sodaß speziell die Sistirungsgründe des eidg. Obli-

gationenrechts auch für die unter der Herrschaft des kantonalen Rechtes abgelaufene Zeit gelten. Diese Annahme findet weder in dem Wortlaute des Gesetzes noch in der Natur der Sache ihre Begründung. Nach derselben würde das neue Gesetz, insoweit es neue Sistirungsgründe der Verjährung einführt, Thatsachen oder Zuständen, welche vor sein Inkrafttreten fallen, nach rückwärts eine rechtliche Bedeutung und Wirkung beilegen, welche ihnen nach dem alten Rechte, unter welchem sie sich ereigneten oder bestanden, gar nicht zukam, insofern es dagegen bisher bestandene Sistirungsgründe aufhebt, würde es eine nach dem alten Rechte bereits eingetretene Wirkung solcher Thatsachen oder Zustände beseitigen. Daß dieß den allgemeinen, vom Gesetze im übrigen bezüglich der zeitlichen Anwendung des Rechts angenommenen Grundsätzen (Art. 882 des O.-R.) nicht entspricht, liegt auf der Hand. Daß es auch nicht der Wille des Gesetzes ist, folgt deutlich aus dem Wortlaute des Art. 883 Abs. 1 und 3 des O.-R. Nach ersterer Bestimmung ist nur der bereits abgelaufene Zeitraum einer vor dem 1. Januar 1883, also selbstverständlich nach altem Rechte „begonnenen“ Verjährung in die Verjährungsfrist einzurechnen. Nach Abs. 3 cit. gelten für die Unterbrechung der Verjährung erst vom 1. Januur 1883 an, also nicht für die frühere Zeit, durchweg die Bestimmungen des neuen Gesetzes. Diese letztere Vorschrift bezieht sich nicht nur auf die Unterbrechung der Verjährung im eigentlichen technischen Sinne (gemäß Art. 154 des O.-R.), sondern auch auf die Sistirung (das Stillstehen, Ruhen) derselben (gemäß Art. 153), welche ja im weitern, nicht technischen Sinne, auch als Unterbrechung bezeichnet werden kann. Für eine enge Interpretation im Sinne einer verschiedenen Behandlung der beiden Kategorien von Thatbeständen spricht gar kein innerer Grund. Es ist somit erst für die Zeit vom 1. Januar 1883 an nach eidg. Rechte zu beurtheilen, ob die Verjährung durch einen Sistirungsgrund gehemmt war; für die frühere Zeit ist in dieser Beziehung das kantonale Recht maßgebend. Die entgegengesetzte Annahme des Vorderrichters beruht auf einer unrichtigen Auslegung und Anwendung des eidgenössischen Gesetzes.

8. Dieser Rechtsirrthum ist aber für die Entscheidung nur dann erheblich, wenn die Verjährung, sofern sie bis zum Inkrafttreten des eidg. O.-R. nach dem kantonalen Rechte lief, vor der Klageanhebung (17. Oktober 1886) vollendet war. Es ist daher zu untersuchen, ob, den ungehemmten Lauf der Verjährung bis 1. Januar 1883 vorausgesetzt, nach dem von da an unbedingt maßgebenden eidgenössischen Rechte die Verjährung vor dem 17. Oktober 1885 eintrat. Dabei muß sich in I. Linie fragen, welcher Zeitraum vom 1. Januar 1883 an noch ablaufen mußte. Die streitigen Kapitalforderungen (mit welchen auch die Nebenforderungen verjähren) waren frühestens am 24. Juni 1873 einklagbar. Von da an begann (sofern ein Sistirungsgrund nicht vorlag) die Verjährung zu laufen. Am 1. Januar 1883 waren somit von derselben 9 Jahre, 6 Monate und 6 Tage abgelaufen. Nun betrug die ordentliche, in casu anwendbare Verjährungsfrist nach zürcherischem Rechte 10 Jahre und das eidg. Obligationenrecht hat hieran nichts geändert, da auch nach diesem die ordentliche Verjährungsfrist die 10jährige ist. Bei dieser Sachlage war zur Vollendung der Verjährung im vorliegenden Falle noch der Ablauf von 5 Monaten und 24 Tagen seit 1. Januar 1883 erforderlich, d. h. es mußte einfach die 10jährige, im alten und neuen Rechte gleichmäßig normirte Frist vollendet werden. Daß diese Lösung prinzipiell die richtige ist, dürfte kaum bezweifelt werden können. Es ist in der That nicht einzusehen, warum bei Uebereinstimmung des alten und neuen Gesetzes die Verjährungsfrist laufender, d. h. vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes begonnener Verjährungen durch die Emanation des neuen Gesetzes irgendwie geändert werden sollte. Es muß sich nun aber fragen, ob nicht dieser Annahme die positive Vorschrift des Art. 883 Abs. 1 des O.-R. entgegenstehe, d. h. ob nicht nach dem Wortlaute dieser Gesetzesvorschrift zum Eintreten der Verjährung noch der Ablauf von mindestens 2 Jahren vom 1. Januar 1883 an gefordert werden müsse, wie dieß der Vorderrichter ohne Weiters an-

nimmt. Dieß darf aber verneint werden. Denn: Sowohl die Motive zum Entwurfe eines Einführungsgesetzes zum O.-R. (vergleiche Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 4 Seite 434 u. f.), als die Botschaft des Bundesrathes zu demselben zeigen, daß die gesetzberathenden Factoren bei Aufstellung der Vorschrift des Art. 883 Abs. 1 ausschließlich den Fall im Auge hatten, wo das neue Gesetz das alte inhaltlich abändert, die Verjährungsfrist verlängert oder verkürzt. An den hier vorliegenden Fall inhaltlicher Uebereinstimmung des neuen und alten Rechts war dabei gar nicht gedacht. Dieß findet denn auch im Gesetzestexte selbst seinen Ausdruck. Denn Art. 883 Abs. 1 des O.-R. macht seine Anwendung davon abhängig, daß durch „dieses Gesetz" eine Verjährung von fünf oder mehr Jahren „eingeführt" werde, was wohl unzweideutig darauf hinweist, daß die Regel des Art. 883 Zif. 1 nur dann gelten soll, wenn das O.-R. etwas Neues anordnet, nicht aber wo es einfach den Inhalt des alten Rechtes in sich aufnimmt. (Vergleiche Hafner in seiner Ausgabe des O.-R., Seite 308 u. f. Anmerkung zu 5 lit. b.) Für den letztern Fall ist also im Gesetze ausdrücklich gar nichts bestimmt; es erklärt sich dieß auch sehr leicht daraus, daß man eben für diesen Fall, wo eine materielle Rechtsänderung nicht eintritt, eine besondere Vorschrift nicht für nothwendig erachten, sondern es vielmehr als selbstverständlich betrachten mochte, daß es hier gemäß der natürlichen und prinzipgemässen Regel einfach bei dem übereinstimmenden Inhalte des alten und neuen Rechtes sein Bewenden habe.

9. Frägt sich also, ob zwischen dem 1. Januar 1883 und dem Tage der Klageanhebung (17. Oktober 1885) die Verjährung während der zu ihrer Vollendung jedenfalls noch erforderlichen Frist von 5 Monaten und 24 Tagen lief, so ist anzuerkennen, daß während dieser Zeit der Lauf der Verjährung gemäß Art. 153 Zif. 6 des O.-R. insolange gehemmt war als der Anspruch vor einem schweizerischen Gerichte nicht geltend gemacht werden konnte. Art. 153 Zif. 6 des O.-R. ist, wie der Vorderrichter richtig ausführt, seinem klaren Wortlaute und Sinne nach in allen Verjährungsfällen, die überhaupt von schweizerischem Rechte beherrscht werden, anzuwenden und es geht nicht an, diese Bestimmung, ihrem unzweideutigen Wortlaute zuwider, auf solche Fälle einzuschränken, wo der Schuldner bei Begründung des Forderungsrechtes in der Schweiz belangt werden konnte und erst nachher, in Folge spätern Wohnungswechsels sich der gerichtlichen Verfolgung in der Schweiz entzog. Mag auch der letztere Thatbestand dem Gesetzgeber in erster Linie vorgeschwebt haben, so lautet doch das Gesetz selbst ganz allgemein und es dürfen in dasselbe keine Unterscheidungen hineingetragen werden, welche ihm fremd sind. Wenn der Anwalt des Beklagten heute zur Unterstützung der gegentheiligen Auslegung auf Art. 493 des O.-R. verwiesen hat, so ist darauf einfach zu erwidern, daß eben der Wortlaut des Art. 493 ein ganz anderer als derjenige des Art. 153 Zif. 6 ist. Nun war nach der beim Bundesgerichte nicht anfechtbaren, weil auf kantonalem Recht beruhenden Entscheidung des Vorderrichters für den Beklagten ein Gerichtsstand am Erfüllungsorte in Zürich nur insolange begründet, als er dort entweder persönlich anwesend war oder Vermögensstücke besaß. So lange dieß nicht der Fall war, blieb also der Lauf der Verjährung gehemmt, da Beklagter insolange in der Schweiz nicht verklagt werden konnte. Die Möglichkeit, den Beklagten in der Schweiz zu belangen, wurde nun unzweifelhaft mit dem Todestage des Vaters Brunner (19. Mai 1885), wo dem Beklagten sein väterliches Erbtheil anfiel, eröffnet und blieb von da bis zur Klageanhebung (17. Oktober), also während 5 Monaten, weniger 2 Tagen, bestehen. Allein auch schon früher war während einiger Zeit ein Gerichtsstand des Beklagten im Kanton Zürich begründet, zwar nicht am 1. Januar 1883, wohl aber während des Jahres 1884, da ihm in diesem Jahre dort ein Erbtheil einer Tante Huguenin anfiel. Wie lange dieser Erbtheil im Kanton Zürich verblieb, ist allerdings aus den Akten nicht zu entnehmen. So viel darf aber jedenfalls unbedenklich angenommen werden, daß von dem Anfalle der Erbschaft an bis zur Aushändigung des Erbtheils an

den Beklagten nach gepflogener Erbtheilung mindestens ein Zeitraum von 26 Tagen verstrich. Hievon ausgegangen aber war die 10jährige Verjährung vor dem 17. Oktober 1885 vollendet, sofern deren Lauf bis zum 1. Januar 1883 unter der Herrschaft des kantonalen Rechtes ununterbrochen und ohne Hemmung fortdauerte. Denn, nach dem Bemerkten, war in der Zeit vom 1. Januar 1883 bis 17. Oktober 1885 während 5 Monaten und 24 Tagen ein Gerichtsstand des Beklagten im Kanton Zürich begründet, sodaß während dieser zur Vollendung der Verjährung unter der gedachten Voraussetzung noch erforderlichen Frist die Verjährung lief.

10. Die Entscheidung hängt demnach davon ab, ob die Verjährung bis zum 1. Januar 1883 nach dem dafür maßgebenden kantonalen Rechte ununterbrochen lief oder ob vielmehr ihrem Beginn oder ihrem Laufe Sistirungsgründe des kantonalen Rechtes entgegenstanden. Hierüber hat sich der Vorderrichter, von seiner rechtsirrthümlichen Anschauung ausgehend, es sei in dieser Richtung eidgenössisches Recht anwendbar, nicht ausgesprochen. Aus seiner Entscheidung über die vor dem 1. Januar 1873 aufgelaufenen Zinse nämlich darf nicht ohne Weiters geschlossen werden, daß er auch bezüglich der Kapitalforderung und der spätern Zinse das Vorhandensein eines Sistirungsgrundes der Verjährung nach §§ 1067 und 1068 des P.-R. G.-B. verneint hätte. Das Bundesgericht ist nun aber zur Entscheidung dieser Frage nicht kompetent, da es sich dabei um die Anwendung kantonalen Rechts handelt. Es ist daher nicht in der Lage, heute ein Endurtheil auszufällen, vielmehr muß das Urtheil der Vorinstanz aufgehoben und die Sache zu erneuter Beurtheilung an dieselbe zurückgewiesen werden.

Schluss:

Das angefochtene Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 12. Juni 1886 wird aufgehoben und die Sache zu erneuter Beurtheilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Anmerkung. Wenn wir den vorstehenden Entscheid richtig verstehen, so enthält derselbe bezüglich der Auslegung des Art. 883 Abs. 1 des O.-R. nicht nur die negative Feststellung, daß die 2 Jahre zur Vollendung der Verjährung dann *nicht* erforderlich seien, wenn die Verjährungsfrist des alten mit derjenigen des neuen Rechts übereinstimme, sondern auch die positive, daß dieselben dannzumal immer und ausnahmslos erforderlich seien, wenn die beiden Rechte hinsichtlich der Länge der Verjährungsfrist *nicht* übereinstimmen, sondern das neue Gesetz eine kürzere oder längere Verjährungsfrist eingeführt hat als das alte, daß es also im letztern Falle nicht darauf ankommt, ob die alte oder neue *längere* Verjährungsfrist vor dem 31. Dezember 1884 abläuft oder nicht, vielmehr auch dann, wenn dieselbe vorher abläuft, die Verjährung doch erst mit jenem Zeitpunkt vollendet ist. Ist dem so, so würden die Ausführungen Hafners in seinem Commentar zu Art. 883 Anmerkung 5 c dahinfallen, dagegen diejenigen ad. 5 b zu Recht bestehen. Ebenso kann in diesem Falle der Entscheid der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom Jahre 1885 in Sachen Honegger ca. Bachmann (abgedruckt in Bd. IV dieser Blätter pag. 286) als bundesgerichtlich genehmigt angesehen werden. Unseres Erachtens darf man auch, ohne mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch zu gerathen, nicht weiter gehen als das Bundesgericht bei *dieser* Auffassung des Urtheils gegangen ist. Wir halten sogar die so eingeschränkte Auslegung des Gesetzes für keineswegs unzweifelhaft, denn wenn man wenigstens nur den Wortlaut desselben prüft, so wird man nicht dazu kommen, die Textworte: „durch dieses Gesetz eingeführt wird“, dahin aufzufassen, als ob der Gesetzgeber damit habe sagen wollen, wo durch das Obligationenrecht mit den 5 oder mehr Jahren *neue,* bezw. andere, längere oder kürzere, Verjährungsfristen eingeführt werden, sondern man wird diese Ausdrucksweise als gleichbedeutend ansehen mit derjenigen: „Wo das Gesetz eine Verjährung von 5 oder mehr Jahren vorsieht“, auch dann ist sie durch „dieses Gesetz eingeführt“ nämlich als Bundesrecht, wie Schneider wohl zutreffend bemerkt. Indessen mag der Entscheid immerhin,

wenn auch keineswegs unzweifelhaft dem erklärten, so doch dem wirklichen Willen des Gesetzgebers entsprechen und dieser Umstand ihm eine günstige Aufnahme sichern.

Der in 2 Urtheilen der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts

(siehe Bd. IV dieser Blätter p. 361 und Bd. V p. 345) ausgesprochene Grundsatz, daß Art. 294 des O.-R. dem Vermiether das Retentionsrecht *an fremden Sachen* nur für den Zins bis zu demjenigen Zeitpunkt gewähre, auf welchen er nach empfangener Kenntniß vom Eigenthum des Dritten die Auflösung des Miethverhältnisses laut Vertrag oder Gesetz herbeizuführen in der Lage ist, *besteht* nicht *zu Recht.*

(Kassationsgericht Zürich, 22. November 1886. Frau Spörri-Brenner ca. Schaub-Heid.)

Eine Frau Zingg zog am 1. Oktober 1885 bei dem Beklagten Schaub-Heid an der Schützengasse als Mietherin ein; laut Miethvertrag vom 24. September gleichen Jahres war der jährliche Zins auf 850 Fr. festgesetzt, vierteljährlich zahlbar mit Fr. 212. 50. mit 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Okt.; bei unpünktlicher Zinsung war dem Vermiether das Recht eingeräumt, sofortige Räumung der Miethobjekte zu verlangen. Im Uebrigen war keine feste Vertragsdauer ausgemacht, sondern nur gegenseitiges vierteljähriges Kündigungsrecht je auf 1. April und 1. Oktober.

Die von Frau Zingg eingebrachten Jllaten waren größtentheils nicht ihr Eigenthum, sondern gehörten der Klägerin Frau Spörri-Brenner; es ist jedoch unbestritten, daß der Vermiether hievon erst am 15. Oktober 1885 — also 14 Tage nach dem Einzug der Mietherin — durch amtliche Anzeige der Frau Spörri Kenntniß erhielt. Sofort nach Empfang dieser Anzeige kündigte der Beklagte seiner Mietherin auf 1. April 1886, den nächten offenen Termin·

Die am 1. Januar 1886 fällige Miethzinsrathe von Fr. 212. 50 Cts. wurde auf den Termin nicht bezahlt, weßhalb der Beklagte am 6. Januar d. J. beim Bezirksgerichtspräsidenten gestützt auf oben cit. Vertragsbestimmung das *Ausweisungsbegehren* stellte, dasselbe jedoch, als am 8. zuerst Deckung und am 11. gl. M. Zahlung erfolgte, wieder zurückzog.

Am 1. April 1886 zog Frau Zingg aus, jedoch ohne den 2. Vierteljahrszins (1. Jan. bis 1. April) von Fr. 212. 50. Cts. zu bezahlen, weßhalb der Beklagte Schaub-Heid Retentionsbewilligung auswirkte. Die jetzige Klägerin Frau Spörri-Brenner bestritt das Retentionsrecht an den ihr gehörenden Gegegenständen, bewirkte die Aushingabe derselben an sie gegen Deposition des Miethzinsbetrages und leitete Klage ein gegen Schaub-Heid als Beklagten über die Streitfrage, ob nicht das Depositum von Fr. 212. 50 Cts. an sie zurückzugeben sei, wobei sie sich wesentlich darauf stützte, daß der Beklagte die Möglichkeit, im Januar d. J. das Miethverhältniß zu lösen, nicht benutzt habe, wozu er nach erhaltener Kenntniß vom Eigenthum der Klägerin verpflichtet gewesen wäre.

Das Bezirksgericht Zürich verwarf durch Urtheil vom 7. Mai 1886 die Klage, hieß also den Retentionsanspruch des Beklagten gut, wesentlich aus folgenden Gründen: Das Retentionsrecht des Beklagten sei nach Art. 294 mit Beginn des Mietverhältnisses entstanden und habe nicht hinfällig werden können dadurch, daß der Beklagte 14 Tage später Kenntniß vom Eigenthum der Klägerin erhalten habe; Klägerin sei nicht befugt, sich in das Miethverhältniß zwischen dem Beklagten und der Frau Zingg einzumischen und von Ersterem zu verlangen, daß er von einem ihm gegenüber der Mietherin zustehenden Rechte Gebrauch mache.

Die Appellationskammer des Obergerichts entschied im gegentheiligen Sinne, denn mit Urtheil vom 3. Juli d. J. verwarf sie den Retentionsanspruch des Beklagten, hieß demnach die Klage gut, indem sie sich wesentlich auf folgende Gründe stützte: Da das Retentionsrecht des Beklagten mit dem Einzug der Mietherin entstanden sei, so folge

daraus allerdings, daß, wenn weiter nichts vorläge als die Thatsachen des Eigenthums der Klägerin, der verspäteten Kenntnißgabe hievon an den Beklagten und der von letzterem erfolgten Kündigung der Miethe auf den 1. April d. J. als den nächsten offenen vertraglichen Termin, der streitige Retentionsanspruch geschützt werden müßte.

Allein die Klägerin mache mit Recht geltend, daß der Beklagte das Retentionsrecht — das zunächst nur ein persönlicher Anspruch auf Deckung sei und erst dinglichen Charakter erhalte, wenn der Vermiether wirklich auf die Farhabe greife — bezüglich der der Klägerin gehörenden Sachen dadurch verloren habe, daß er von seinem vertraglichen Rechte, schon im Januar d. J. das Ende der Miethe herbeizuführen, keinen Gebrauch gemacht habe.

Beklagter hätte trotz der verspäteten Zahlung im Januar d. J. sein Recht auf Ausweisung der Mietherin ausüben können, und es sei in Uebereinstimmung mit einem frühreren Urtheil i. S. Spahn ca. Krauer vom 14. Nov. 1885 wieder davon auszugehen, daß durch Art. 294 O.-R. dem Vermiether ein Retentionsrecht an Sachen Dritter nur für die Zeit habe eingeräumt werden wollen, während welcher er vertraglich gehalten sei, dem Miether das Miethobjekt zu überlassen und die Gefahr, daß der Zins nicht richtig bezahlt werde, zu laufen; jene vertragliche Verpflichtung habe aber eben für den Beklagten nur bis Anfang Januar d. J. bestanden.

Zwar weise der Wortlaut des Art. 294 O.-R. darauf hin, das Gesetz habe bei der Vorschrift, daß das Retentionsrecht des Vermiethers sich auf Sachen Dritter erstrecke, sofern er nicht gewußt habe oder habe wissen müssen, daß diese nicht dem Miether gehören, den Beginn der Miethe,, den Zeitpunkt des Einbringens der Sachen in die Miethräume im Auge gehabt, mit welchem auch das Retentionsrecht entstanden sei.

Allein die Gründe, welche die Geltung jener Vorschrift für den Anfang der Miethe rechtfertigen, treffen auch zu, wenn im Verlauf der Miethzeit der Vermiether Gelegenheit erhalte, die Auflösung der Miethe herbeizuführen und diese nicht benütze. Offenbar sei nur aus Billigkeitsrücksichten in Art. 294 nicht gemäß der früheren Rechtsanschauung festgesetzt worden, daß das Retentionsrecht an Sachen Dritter nicht sofort mit erlangter Kenntniß vom Eigenthum des Dritten untergehe, solche Billigkeitsgründe fallen aber nicht erst dahin, wenn der Vermiether nach Ablauf der verabredeten Miethzeit den Miethvertrag erneuere, sondern auch schon dann, wenn er unterlasse, ein ihm vertraglich eingeräumtes Kündigungsrecht auszuüben oder von einem vertraglichen Recht auf sofortige Ausweisung des Miethers oder von dem Recht des Art. 287 des O.-R. Gebrauch zu machen.

Gegen dieses Urtheil reichte der Beklagte und Appellant Schaub-Heid Nichtigkeitsbeschwerde ein, weil dasselbe im Widerspruch stehe mit der klaren Bestimmung des Art. 294 des Schweiz. O.-R. und siegte ob, denn das Kassationsgericht vernichtete das angefochtene Urtheil und erliess ein neues, durch welches der Retentionsanspruch des Beklagten und Beschwerdeführers geschützt und die auf unbeschwerte Herausgabe der von der Klägerin gerichtlich deponirten 212 Fr. 50 Cts. gerichtete Klage abgewiesen wurde.

Gründe:

1) Was die rechtliche Natur des nach Art. 294 des Schweiz. O.-R. dem Vermiether eingeräumten sog. Retentionsrechtes betrifft, so wird mit der Appellationskammer, die sich schon mehrfach hierüber ausgesprochen hat, (siehe bes. H. E. II Nr. 23 i. S. Walder ca. Hofmann vom 17. November 1883) anzunehmen sein, daß dem Vermiether, der vorzugsweise Anspruch auf Deckung seiner Miethzinsansprüche in gewissem Umfang durch die in den gemietheten Räumen befindlichen Sachen, die zu deren Einrichtung und Benutzung gehören, zustehe, ein Anspruch, der mit dem Einbringen dieser Sachen in die Miethräume entsteht — also gewöhnlich mit dem Beginn der Miethe — und dessen Realisirung gegebenen Falls zunächst durch unterrichterlicher Hülfe erfolgende Zurückhaltung dieser Sachen und alsdann durch Exekution wie bei einem Faustpfand erfolgt.

2) Allerdings herrschen in der gegenwärtigen gerichtlichen Praxis verschiedene An-

sichten darüber, ob dieser Anspruch des Vermiethers laut Art. 294 des Schweiz. O.-R. lediglich ein persönliches Recht sei, das erst bei der Realisirung in ein dingliches Recht (Faustpfandrecht) übergehe, oder vielmehr schon von Anfang an ein dingliches Recht — gesetzliches Pfandrecht — sei. Die Appellationskammer des Obergerichtes hat sich, obschon sie in dem oben cit. Urtheil i. S. Walder ca. Hofmann Erwägung 4 selbst sich äußert, dieses Retentionsrecht des Vermiethers sei ein eigenthümliches gesetzliches Pfandrecht, dann doch auf Grund der Entstehungsgeschichte des Art. 294 sich für die erstere Annahme ausgesprochen, während Gerichte anderer Kantone sich für die zweite entschieden haben. So sagt das Appellationsgericht von Basel-Stadt in einem Urtheil vom 4. Juni 1885 (Revue d. Ger. Pr. III p. 204 ff.), davon ausgehend, daß dem sog. Retentionsrecht des Vermiethers ja gerade das Charakteristische der eigentlichen Retentionsrechte, nämlich der Gewahrsam, die Verfügungsgewalt an den betreffenden Sachen seitens des Vermiethers bis zum Zeitpunkt der Realisirung fehle, wörtlich folgendes: „Faßt man die Bestimmung des Art. 294 des Schweiz. Obligationenrechts, wo dieses Recht normirt wird, ins Auge, so stellt sich dasselbe dar als ein dingliches Recht des Vermiethers an den beweglichen, in den gemietheten Räumen befindlichen, zu deren Einrichtung und Benutzung gehörenden Sachen und zwar zur Sicherung der Miethzinsforderung und mit der Wirkung, daß der Vermiether den Wegzug der Sachen aus den gemietheten Räumen mit amtlicher Hülfe verhindern und im Nichtzahlungsfall sein Recht gleich einem Faustpfandrecht realisiren darf."

Für beide Ansichten lassen sich Gründe anführen, ohne daß es dem Cassationsgericht nöthig scheint, sich jetzt für die eine oder andere definitiv auszusprechen, da vom praktischen Gesichtspunkt aus, was für den vorliegenden Rechtsstreit die Hauptsache ist, nach beiden Ansichten das betreffende Retentionsrecht des Art. 294 mit dem Beginn der Miethe entsteht und nicht etwa erst dann, wenn der Vermiether zu dessen Realisirung zu schreiten in die Lage kommt.

3) Das Retentionsrecht des Vermiethers nach Art. 294 umfaßt nun nach lemma 2, in Abweichung vom früheren gesetzlichen Pf.-R. des Vermiethers nach Zürch. Recht, auch die dritten Personen gehörenden Sachen im Besitz des Miethers, sofern jener nicht das Eigenthum der dritten Personen als solches kannte oder kennen mußte, und der Vorderrichter anerkennt denn auch, daß an sich die Voraussetzungen dieser Bestimmung auf unsern Fall durchaus zutreffen, indem der Beklagte erst 14 Tage nach Beginn der Miethe vom Eigenthum der Klägerin an den betreffenden Illaten Kenntniß erhalten habe, somit sein Retentionsanspruch an denselben an sich auch für die Zeit vom 1. Januar bis 1. April 1886 begründet gewesen wäre, wenn er nicht durch den Nichtgebrauch des ihm laut Miethvertrag zustehenden Rechtes, wegen säumiger Zinszahlung im Januar d. J. sofortige Ausweisung des Miethers zu verlangen, auf das Retentionsrecht an den der Klägerin gehörenden Illaten verzichtet, resp. dasselbe verwirkt hätte.

4) Der Inhalt von Erwägung 4—7 des angefochtenen Urtheils in Uebereinstimmung mit dem frühern Urtheil derselben Stelle i. S. Spahn ca. Krauer vom 14. Nov. 1885 (Handelsgerichtl. Entscheidungen Band IV pag. 361), läßt sich in der Hauptsache in den Satz zusammenziehen, daß Art. 294 dem Vermiether das Retentionsrecht an fremden Sachen nur für den Zins bis zu demjenigen Zeitpunkt zusichere, auf welchen derselbe nach empfangener Kenntnißnahme vom Eigenthum des Dritten die Auflösung des Miethverhältnisses nach Vertrag oder Gesetz herbeiführen könne.

5) Zunächst ist festzuhalten, daß abgesehen von der Frage des Eigenthums an den Retentionsgegenständen, — gemäß lemma 1 des Art. 294, — dieses Retentionsrecht entsteht mit dem Beginn der Miethe resp. dem Einbringen der Illaten in die gemiethete Wohnung und dauert, so lange der Miethvertrag dauert, in der Meinung, daß es während dieser Zeit jeweilen für einen verfallenen und den laufenden Jahreszins geltend gemacht werden kann; das ist der klare Wortlaut dieser Bestimmung.

6) Wie verhält es sich nun mit Illaten, die das Eigenthum Dritter sind? Lemma 2 des cit. Art. erklärt, es bleiben im Sinne von Art. 227 u. A. die Eigenthumsansprüche Dritter an solchen Sachen vorbehalten, von denen der Vermiether wußte oder wissen mußte, daß sie nicht dem Miether gehören und nach Art. 227 cit. — von dem Retentionsrecht des Gläubigers im Allgemeinen handelnd — soll dem dritten Eigenthümer das Retentionsrecht nur dann entgegenstehen, wenn der Gläubiger die Sachen in gutem Glauben *empfangen hat*. Nach dieser klaren Bestimmung kommt es demnach einzig und allein darauf an, ob der Vermiether zur Zeit des Beginnes der Miethe und des Einbringens der Illaten durch den Miether, welcher Zeitpunkt durch die ausdrückliche Hinweisung des Gesetzgebers in Art. 294 auf Art. 227 in gleiche Linie gestellt wird mit dem Zeitpunkt, wo beim gewöhnlichen Retentionsrecht der Gläubiger die Sachen vom Schuldner in Empfang nimmt, sich in gutem Glauben befunden habe oder nicht. Wenn ja, so befindet sich der Vermiether also rücksichtlich dieser Objekte bezüglich seines Retentionsrechtes ganz in der gleichen rechtlichen Stellung, wie rücksichtlich der Illaten, die Eigenthum des Schuldners sind; das Retentionsrecht auch an diesen Gegenständen ist dem Vermiether für die ganze Dauer des betreffenden Miethvertrages erworben und hört — abgesehen von dem Fall der Realisirung oder des Wegfalls anderer gesetzlicher Erfordernisse, wie namentlich, wenn die Sachen sich nicht mehr in den Miethräumen befinden — erst mit Beendigung der Miethe auf (Ablauf der vertraglichen Dauer des Miethvertrages, wobei aber die sogenannte Relocatio als Abschluß eines neuen Vertrages, nicht als bloße Fortsetzung des bisherigen Miethverhältnisses in Betracht käme, oder falls kein bestimmter Termin festgesetzt ist, bei Beendigung der Miethe in Folge Vertragskündigung).

7) Wenn der Vorderrichter ausführt, daß offenbar nur aus Billigkeitsrücksichten bei Erlaß des Obligationenrechtes nicht der Untergang des Retentionsrechtes an der fremden Sache im Zeitpunkt, wo der Vermiether Kenntniß von dem Eigenthum des Dritten erhält, statuirt worden sei, solche Billigkeitsrücksichten aber nicht erst dahinfallen, wenn der Vermiether nach Ablauf der Miethzeit den Miethvertrag erneuere, sondern auch schon dann, wenn er unterlasse, ein ihm vertraglich eingeräumtes Recht der Kündigung oder Wegweisung des Miethers oder das Recht des Art. 287 zu benutzen, so muß diese Argumentation als im Widerspruch mit dem Gesetz stehend erachtet werden; denn jenes angebliche Motiv des Gesetzgebers, von dem der Vorderrichter spricht, ist im Gesetz nicht nur nicht ausgesprochen, sondern nicht einmal angedeutet und ist daher der Schluß unzulässig, es habe im Willen des Gesetzgebers gelegen, für den Untergang des einmal gültig entstandenen Retentionsrechtes des Vermiethers an der Sache eines Dritten andere Grundsätze zur Anwendung kommen zu lassen, als bez. der Sachen des Miethers selbst; zur Auflage der Rechtspflicht an den Vermiether, den Miethvertrag zu kündigen oder gar zu eigenem Nachtheil, nämlich mit der Gefahr, für einige Zeit die Miethräume unvermiethet zu haben, in außerordentlicher Weise dem Miethverhältniß ein Ende zu machen, ansonst das Retentionsrecht an Sachen Dritter untergehe, hätte es daher der Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung im Gesetze selbst bedurft.

8. Es ist allerdings richtig, daß gegenüber dem früheren gesetzlichen Pfandrecht des Vermiethers nach zürich. Recht Art. 294 des O.-R. in seinen Konsequenzen zu Gunsten der Vermiether in dieser wie in anderen Richtungen sehr weit geht und es hätte sich de lege ferenda vielleicht gerechtfertigt, bezüglich Sachen Dritter noch eine weitere Beschränkung aufzunehmen als bloß den Vorbehalt des guten Glaubens im Sinne von Art. 227. Ja es ist dem Vorderrichter zuzugeben, daß unter Abwägung der verschiedenen Interessen das von ihm vertretene Auskunftsmittel wenigstens in der Richtung vielleicht empfehlenswerth gewesen wäre, wenn man wirklich bestimmt hätte, es müsse der Vermiether, sobald er Kenntniß vom Eigenthum des Dritten erhalten, die Miethe auf den nächsten offenen gewöhnlichen Termin laut Vertrag oder Gesetz kündigen, ansonst er das

Retentionsrecht an den Sachen Dritter verliere, während die weiteren Konsequenzen des Vorderrichters, daß auch jede Nichtbenutzung des Art. 287 des O.-R. oder gar einer Vertragsbestimmung, die zum Begehren sofortiger Räumung der Miethwohnung bei unpünktlicher Verzinsung berechtigt, wie in vorliegendem Streitfall, die nämlichen Folgen haben solle, gewiß auch de lege ferenda zu verwerfen wären; denn man denke nur z. B. an einen der in praxi häufigsten Fälle, nämlich die Collision des Retentionsrechtes des Vermiethers mit dem Eigenthum der Ehefrau des Miethers, wo also Miether und dritter Eigenthümer dasselbe Interesse haben, beide den Vermiether täuschen resp. im Glauben lassen, die Illaten gehören dem Miether, dann Anzeige machen von dem Eigenthum der Ehefrau, um nachher die Gutmüthigkeit des Vermiethers, der aus Mitleiden nicht sofort von Art. 287 cit. oder einer noch strengeren Vertragsbestimmung Gebrauch macht, noch mit der Entziehung des Retentionsrechtes zu belohnen.

9. Huldige man de lege ferenda übrigens dieser oder jener Anschauung, so muß eben gesagt werden, daß der Gesetzgeber keine solche Beschränkung des Retentionsrechtes des Vermiethers bezüglich Sachen Dritter, wie sie der Vorderrichter annimmt, aufgestellt hat und die Begründung des vorderrichterlichen Urtheils nicht etwa als eine unrichtige Auslegung einer an sich verschiedener Auslegung fähigen Gesetzesstelle erscheint, in welchem Falle von Kassation keine Rede sein könnte, sondern im Widerspruch steht mit dem klaren Wortlaut der Art. 294 und 227 des O.-R., wonach dem Beklagten das streitige Retentionsrecht auch an den der Klägerin gehörenden Gegenständen zugestanden hat, weil er bei Entstehung desselben sich im guten Glauben befand und es muß dies daher zur Cassation des angefochtenen Urtheils führen.

10. Nach § 712 des Gesetzes betr. die zürch. Rechtspflege hat das Cassationsgericht sofort ein neues Urtheil auszufällen und kann dasselbe nur dahin gehen, daß die auf unbeschwerte Aushingabe der von der Klägerin gerichtlich deponirten Fr. 212. 50 Cts. gerichtete Klage abzuweisen ist.

Die Kapitalisirung des Zehntens bleibt ohne Einfluß auf dessen rechtliche Eigenschaft als Reallast. Das Wesen der letztern im Gegensatz zur grundversicherten Schuld.

(Obergericht Zürich, App.-K., 4. Dezember 1886. Kirchengut Bachs ca. Raimann und Merki).

Der Wattwylerhof (Gemeindebann Oberweningen) war seit alten Zeiten der Kirche Bachs zehntenpflichtig mit 2 Mütt, 2 Vierling und 6 Immi Kernen. Zum Zwecke der Umwandlung der Naturalleistung in Geldleistungen und behufs Ermöglichung eines spätern Loskaufes der Last erfolgte s. Z. die Kapitalisirung dieses Zehntens auf den Betrag von 756 Fr. 50 Rp. und es wurde derselbe von da an mit jährlich 37 Fr. 82 Rp. gleich 5 % jener Summe abgeherrscht.

Im Jahr 1882 stellte die Grundzinskommission Oberweningen das Begehren um Aufruf aller auf dem dortigen Gemeindsbanne haftenden Grundzinse, der Aufruf erfolgte, eine Anmeldung ging von keiner Seite, also auch nicht von der Kirchengutsverwaltung Bachs ein und das Obergericht beschloß deshalb unterm 28. April 1883: „es seien die sämmtlichen Grundzins- und Zehntenberechtigungen, *mit Bezug auf ihre dingliche Wirkung,* als kraftlos erklärt.“ Die Löschung derselben am Grundprotokoll fand statt am 23. März 1885. Seit 1880 waren Adolf Raimann und Rudolf Merki Eigenthümer des Wattwylerhofes und diese haben den Grundzins nicht nur für die Jahre 1880 bis und mit 1882, sondern auch noch für 1883 und 1884 bezahlt, dagegen verweigerten dieselben sodann die Zinszahlung pro 1885, behauptend, daß ihre dießfällige Verpflichtung in Folge der des fruchtlosen Aufrufes wegen verfügten und vollzogenen Löschung der Reallast am Grundprotokoll untergegangen sei.

Diese Weigerung führte zum Prozeß. Die Kirchengutsverwaltung verlangte die gerichtliche Feststellung der fortdauernden Zinspflicht und die Condemnation der Beklagten zur Zahlung des 1885er Zinses, weil die Löschung am Grundprotokoll nicht den Untergang ihrer Berechtigung, sondern nur die Umwandlung derselben von einer grundversicherten in eine laufende Forderung zur Folge gehabt habe. Beide Instanzen wiesen indeß die Klage ab und zwar in der Hauptsache gestützt auf folgende Erwägungen:

1. Alle Zehntenverpflichtungen haben den rechtlichen Charakter von Reallasten und es ist dieser dadurch keineswegs geändert worden, daß dieselben im Laufe der Zeit zum Zwecke ihrer dereinstigen Ablösung und der Umwandlung der Natural- in Geldleistungen kapitalisirt worden sind. Die Entscheidung in Ullmers Commentar No. 1114 spricht das Gegentheil aus und es muß daran festgehalten werden, daß für den Gesetzgeber keine Veranlaßung vorlag, die Kapitalisirung deshalb anzuordnen, um aus bisher selbständigen, auf dem Grundstück ruhenden Lasten hypothesirte Schuldverpflichtungen zu machen; es handelte sich damals, als die Zulässigkeit der Kapitalisirung ausgesprochen wurde, nur um die Ermöglichung der Ablösung und der Umwandlung der Natural- in Geldleistungen, dieser Zweck erheischte die Kapitalisirung, im Uebrigen aber war es gar nicht notwendig, an der rechtlichen Natur des Zehntens als Ganzem etwas zu ändern. In der That läßt sich auch aus den einschlägigen Gesetzen eine solche Absicht nicht herleiten. Speziell bestimmt das Gesetz betreffend den Loskauf, die Kapitalisirung und die Umwandlung des trockenen Zehntens vom 14. April 1832 in § 13, daß das Loskaufskapital als ein *unveränderliches*, jedoch ablösbares, also nicht durch Ratazahlungen zu tilgendes Kapital stehen bleibe und in § 14, daß die Zehntenlasten allen andern Schulden *vorgehen* sollen und davon bei jedem Grundstück mit Angabe der darauf haftenden Schuld — d. h. die Schuld haftet auf dem Grundstück und nicht das Grundstück ist für eine Schuld verpfändet, — Vormerk zu nehmen sei, alles Bestimmungen, welche für gewöhnliche, schuldbrieflich versicherte Forderungen keinen Sinn hätten.

2. Davon ausgegangen nun aber, daß die auf dem Wattwylerhof haftende Zehntpflicht den ihr ursprünglich unzweifelhaft innewohnenden Charakter der Reallast durch die später erfolgte Kapitalisirung nicht eingebüßt, sondern auch als Grundzinspflicht vollständig beibehalten hat, ist ohne Weiters klar, daß die Löschung derselben am Grundprotokoll deren Untergang und damit auch den Wegfall der correspondirenden Berechtigung zur Folge hatte. Die Ansicht, daß diesem Akt nur die Bedeutung des Wegfalls einer Grundversicherung zukomme, und somit der Anspruch als laufende Forderung immerhin bestehen bleibe, beruht auf einer völligen Verkennung des rechtlichen Charakters der Reallast, die sich darin äußert, daß das Wesen der letztern mit demjenigen einer grundversicherten Schuld identificirt wird, währenddem beide grundverschieden sind. Die an Stelle der frühern Zehntenpflicht getretene Grundzinspflicht ist wie jene nicht an eine bestimmte Person als Schuldner, sondern lediglich an ein bestimmtes Grundstück geknüpft, dieses selbst schuldet also eigentlich den Grundzins bezw. der jeweilige Besitzer desselben *als dessen Representant*, aber auch nur in dieser Eigenschaft und demzufolge auch nur so lange, als er Besitzer ist; (§ 759 des P.-R. G.-B.) die Last, als auf dem Grundstück haftend, geht mit diesem weiter und wird das letztere durch Löschung am Grundprotokoll davon befreit, so existirt sie eben nicht mehr, der Representant des Grundstückes hat nichts mehr zu leisten, weil dieses befreit ist und er persönlich nie etwas geschuldet hat, und folglich auch jetzt nichts schuldet. Ganz anders ist es bei der grundversicherten Schuld, diese ist an eine bestimmte Person als Schuldner geknüpft, das Essentielle liegt also hier in der obligatorischen Verpflichtung der Person und die Haftung des Unterpfandes tritt zu dieser nur als ein Accessorium hinzu, sodaß der Wegfall desselben die Existenz der Hauptverbindlichkeit nicht berühren kann.

3. Nur insoweit kommen neben den dinglichen Wirkungen einer Grundzinsbelastung

oligatorische vor, als bezüglich *der fällig* *worden Leistungen* zwischen dem Real-rechtigten und dem Besitzer, der dieselben trichten sollte, eine persöhnliche Forderung ir Entstehung kommt (§ 760 des P.-R. G.-B.), ese Forderung geht natürlich durch die öschung am Grundprotokoll nicht unter und ır das wollte mit dem im obergerichtlichen eschluß betr. die Kraftloserklärung vor-ommenden Passus: „mit Bezug auf ihre ingliche Wirkung“ angedeutet werden.

4. Die Beklagten haben das belastete rundstück schon vor der Prozeßeinleitung erkauft und dem neuen Erwerber zugefertigt, araus aber folgt, daß die Klage selbst dann erworfen werden müßte, wenn die Löschung es Grundzinses am Notariatsprotokoll nicht tattgefunden hätte, denn in diesem Falle vürde zwar die eingeklagte Berechtigung ıoch bestehen, aber nicht den heutigen Be-klagten, sondern ihren Nachfolgern im Grund-besitz gegenüber.

Literarisches.

Haberstich J. Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts, II. Band, II. Theil; Verlag von Orell Füssli & Cie. Zürich 1887.

Das Buch, mit welchem die wissenschaftliche Darstellung des schweizerischen Obligationenrechts durch den Verfasser abgeschlossen wird, behandelt die Privatrechtlichen Personenverbände (einfache Gesellschaft, Kollectivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Actiengesellschaft, Genossenschaften und Vereine), den Wechsel, Check, wechselähnliche und andere indossable Papiere, die Inhaberpapiere, das Registerwesen, das Firmenrecht und die Vorschriften über Buchführung. Dasselbe zeichnet sich, wie die bereits erschienenen Lieferungen (I. Band und I. Theil des II. Bandes), durch die freie, populäre und doch wissenschaftliche Behandlung des Gesetzesstoffes aus. Der Verfasser geht immer zunächst in einer allgemeinen Betrachtung auf den Grund und die Entstehungsgeschichte der einzelnen Rechtsinstitute, die er bespricht, zurück, markirt den Unterschied zwischen verwandten Rechtsgebilden (einfache, Kollectiv-, Kommandit-, Actiengesellschaft etc.) und geht sodann bei der Detailbehandlung in der Weise vor, daß er die positiven Bestimmungen des Gesetzes erläutert, den innern Zusammenhang derselben aufklärt und durch Zurückgehen auf die Motive des Gesetzes Lücken zu ergänzen sucht. Alles dieß geschieht in freier Anordnung des Stoffes und gemeinverständlicher Darstellung, sodaß das Buch Jedermann, nicht nur dem Juristen, sondern auch dem Laien bestens empfohlen werden kann.

Der Verfasser kritisirt das Gesetz vielfach und man kann vielleicht der Ansicht sein, daß er damit die Grenzen überschreite, welche einem Hand- oder Lehrbuch gesetzt sind, allein das Auffallende dieses Umstandes tritt zurück, sobald man sieht, daß die Kritik gewöhnlich mit der Erläuterung des Gesetzes verbunden wird, also mehr nur ein Mittel bildet, die letztere deutlicher und klarer zu gestalten.

Im Fernern mag auffallen, daß mehrere Seiten einnehmende Auszüge aus bundesgerichtlichen Urtheilen reproducirt werden. Allein dieß hängt eben mit der ganzen Anlage des Buches zusammen, das neben dem Text keinerlei Anmerkungen kennt, in welche derartige Citate verwiesen zu werden pflegen und diese Anlage hat ihren Grund vermuthlich in dem Umstande, daß das Buch auch für den Nichtjuristen geschrieben ist und der Verfasser annehmen mochte, daß diesem eine durchgehende, zusammenhängende Darstellung verständlicher sei.

Auf das Sachliche der Ausführungen können wir hier nicht eintreten, es würde dieß zu weit führen, und wollen wir überdem eine bezügliche Kritik gerne einer berufenern Feder überlassen.

Zu bemerken ist nur noch, daß der Gebrauch des Handbuchs I. und II. Band durch ein einläßliches Sachregister außerordentlich erleichtert wird und die Beigabe einer Tabelle, welche auf die Behandlung jedes Gesetzesartikels im Buche hinweist, auch dessen Benutzung als Commentar ermöglicht.

Hürlimann, Dr. H., Secretair bei der Schweiz. Nordostbahn. Die Eidgenössische Eisenbahngesetzgebung mit Angabe der Quellen für die Kenntniss der darauf bezüglichen Praxis der Bundesbehörden. Ein Hülfsbuch für praktische und theorerische Zwecke. Verlag von Orell Füssli & Cie., Zürich, 1887.

Dieses Werk ist ein durchaus verdienstliches zu nennen und schon die Person des Verfassers bietet uns alle Gewähr dafür, daß die Arbeit eine gute, zuverlässige und genaue ist, denn Dr. Hürlimann ist als guter Jurist und exacter Arbeiter hinlänglich bekannt. Dazu kommt, daß er seit Jahren im Eisenbahnfache thätig und deßwegen sicherlich auch gerade in der Eisenbahngesetzgebung und der damit zusammenhängen Praxis heimischer ist als mancher Andere. Das Buch befriedigt schon insofern ein Bedürfniß, als es ein *Sammelwerk* der gesammten gegenwärtig geltenden Eisenbahngesetzgebung ist und uns dieser Eigenschaft wegen die Annehmlichkeit bietet, letztere in einem einzigen Bändchen vereinigt zu haben. Der Hauptvortheil desselben besteht indessen in der Angabe der Quellen für die Kenntniß der auf die Gesetzgebung bezüglichen Praxis der Bundesbehörden und in den vielfachen Hinweisungen auf die Richtung, nach welcher die citirten Entscheidungen, Aeußerungen etc. gefallen sind, wodurch das Nachschlagen selbst oft erspart werden dürfte. Das Buch wird den Richtern, Advokaten, Eisenbahndirektionen, Transportgesellschaften, Spediteuren etc. gleich gute Dienste leisten. Ein genaues alphabetisches Sachregister erleichtert dessen Gebrauch sehr.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

31. Januar 1887. VI. Band. № 2.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 3. Dezember 1886
in Sachen
der Firma *M. Fischl's Söhne in Prag*, Klägerin,
gegen
die Firma *Hermann Groener & Cie.*, Tonhallenstraße, *Zürich*, Beklagte,
betreffend Kauf.

Bei einem in Raten zu erfüllenden Lieferungsverkauf berechtigt der Verzug des Käufers in der Annahme und Zahlung einer ihm gelieferten Rate den Verkäufer zur Lieferungssistirung der übrigen Raten. Oertliche Rechtsanwendung. Streit über die Natur des Kaufes als Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 des D. H.-G.-B. etc.

Streitfrage:

Ist die Beklagte nicht verpflichtet, den von Hermann Groener mit der Klägerin unterm 22. Juni 1884 über 20 Doppelwaggons Kartoffelsprit abgeschlossenen Kauf bezüglich der noch restirenden 8 Doppelwaggons zu halten?

Thatsächliches:

A. Die beklagte Firma besteht seit dem 1. Januar 1886. Solidare Antheilhaber derselben sind Hermann Groener, Vater und Leo Groener, Sohn. Dieselbe übernahm das Geschäft des frühern Einzelkaufmanns Groener Vater, Spiritushändler am Rennweg-Zürich mit Activen und Passiven. Dieser kaufte am 22. Juni 1884 von der Klägerin „zwanzig Doppelwaggons von je 10,000 Kilo Brutto prima Kartoffelsprit 95 %, lieferbar in den Monaten August bis Dezember 1884 und Januar bis Mai 1885, je zwei Doppelwaggon monatlich zum Preise von 44½ Fr. per 100 Liter 90 %, inclusive neuer Eisenbandstückfässer, franco Bahnhof Prag gegen Tratten 30 Tage, vom Tage der Factura mit 1 % Sconto." Dabei hatte es unbestrittenermaßen die Meinung, daß Groener in jedem der genannten Liefermonate durch sogenannte Versandtdispositionen sowohl den genauen Zeitpunkt der Lieferung als den Lieferungsort (Zürich, Basel, Genf) bezeichne.

B. Gemäß diesem Vertrage fand in den Monaten August bis Dezember 1884 die Lieferung der ersten 10 Doppelwaggons statt und es sind dieselben auch bezahlt worden. Für den Monat Januar 1885 verweigerte dagegen der Käufer (für welchen der Vertrag

infolge erheblichen Sinkens der Preise sehr nachtheilig war) die Ertheilung der Versandtordre mit der Erklärung, da die bisher gelieferte Waare nicht vertragsgemäß gewesen sei, trete er vom Vertrage überhaupt zurück und beziehe keinen Sprit mehr. Nach Klageanhebung durch die Verkäuferin unterzog er sich indeß dem von dieser gestellten Begehren und ertheilte am 9. Februar 1885 die Versandtordre für die Januarlieferung. Die Waare (55 Fässer im Facturawerthe von 9754 Fr. 64 Cts.) ging laut den Frachtbriefen am 13. Febr. 1885 in 2 Eisenbahnwaggons von Prag ab und langte am 21. Februar 1885 in Zürich an, wo sie auf Weisung des Groener sofort nach dem öffentlichen Spritlagerhause der Nordostbahn verbracht wurde. Die klägerische Factur datirt vom Abgangstag der Waare (13. Februar 1885) und enthält folgende Nachschrift: „Wir bitten um gefällige Inschutznahme unserer Abgabe (Tratte vom 13. Februar, in Circulation gesetzt am 3. März), Fr. 9754. 64 per 13. März bei Vorkommen *und ersuchen ferner um rechtzeitige Dispositionsertheilung über die pro Februar fälligen zwei Doppelwaggons Primasprit.*"

Nachdem Groener am 23. Februar aus mehreren Fässern Muster gezogen, stellte er die Waare der Klägerin mit Schreiben vom 24. Februar wegen nicht vertragsgemäßer Qualität zur Disposition, ertheilte aber gleichwohl 2 Tage später (26. Februar) Versandtdisposition bezüglich der Februarlieferung, indem er Auftrag gab, einen Theil derselben an Emil Madeux in Basel und einen Theil an die Magasins Généraux in Genf zu senden, bezw. daselbst zu seiner Verfügung zu halten. Am Schlusse wird Bezug genommen auf den Brief vom 24. Februar, enthaltend die Rückweisung der Januarlieferung wegen vertragswidriger Qualität. Mit Brief vom 27. Februar 1885 weist die Klägerin die Beanstandung dieser Sendung als unbegründet zurück mit dem Bemerken, daß sie sofort Nöthiges zur Wahrung ihrer Interessen und Rechte anordnen werde und es hat denn auch ihr Anwalt noch am gleichen Tage beim Friedensrichteramt Zürich die Kaufpreisklage bezüglich der Januarlieferung eingeleitet. Am 28. Februar, als Klägerin den Brief Groeners vom 26. gl. Mts., enthaltend die Versandtdisposition betreffend der Februarlieferung offenbar noch nicht empfangen hatte, schrieb sie unter Bezugnahme auf die bereits erfolgte Rückweisung der Beanstandung ihrer Sendung pro Januar: „Bis zur Stunde sind wir ohne Ihre Versandtinstruktion für die pro Februar fälligen 2 Doppelwaggons; wir fordern Sie auf, uns Ihre dießbezüglichen Versandtvorschriften mit Wendung der Post zugehen zu lassen und machen Sie für jeden Schaden, der uns durch die Verzögerung Ihrer Dispositionsertheilung erwächst, verantwortlich und haftbar." In der Antwort vom 2. März verwies Groener auf seinen Brief vom 26. Februar, eine Copie desselben beilegend und bemerkend, daß solcher vermuthlich vor Abgang des Reklamationsschreibens vom 28. Februar im Besitze der Klägerin gewesen sei, sodaß die Aufforderung zur Ertheilung von Versandtvorschriften durchaus unberechtigt und überflüssig sei und deßhalb zurückgewiesen werde.

C. Mit Brief vom 13. März 1885, dem nämlichen Tage, an welchem der Facturabetrag für die Januarlieferung fällig war, drückt Groener sein Erstaunen darüber aus, daß er trotz seiner Versandtdispositionen vom 26. Februar und 1. März und trotz des klägerischen Briefes vom 28. Februar bis heute noch nicht im Besitz von Factur und Versandtanzeige betreffend die per Februar fälligen 2 Doppelwaggons sei und fügt bei: „Obwohl Sie sich demzufolge schon jetzt mit der Februarlieferung im Verzug befinden, der mich berechtigen würde, eine spätere Lieferung nicht mehr anzunehmen, gewähre ich Ihnen trotzdem noch eine letzte Frist bis zum 20. dieses Monats zur Versendung der Februarrate. Sollten Sie aber diesen Termin nicht ganz genau innehalten, so acceptire ich die betreffende Lieferung nicht mehr, mache Sie dießfalls für alle Folgen des Verzuges verantwortlich und behalte mir vor, ohne Weiteres vom ganzen Vertrage zurückzutreten."

Am 14. März 1885 wurde dem Groener die von der Klägerin am 13. Februar für den Facturabetrag der Januarlieferung auf

hn gezogene Tratte per 9754 Fr. 64 von der Notariatskanzlei Zürich auf Verlangen der letzten Inhaberin (Schweizerische Creditanstalt) zur Zahlung vorgewiesen, jedoch ohne Erfolg.

Der Bezogene erklärte, er sei den Ausstellern nichts schuldig und es ging der Wechsel mit Protest Mangels Zahlung zurück. Auf den oben citirten Brief Groeners vom 13. März antwortete Professor Dr. Meili (Anwalt der Klägerin) mit einer amtlichen Anzeige vom 18. März, in welcher folgende Sätze aufgestellt sind:

1. Groener habe den Sprit der Januarlieferung trotz vertragsconformer Beschaffenheit aus nichtigen und unzutreffenden Gründen zur Disposition gestellt, die für den Facturabetrag gezogene Tratte von 9754 Fr. 64 unter Protest und mit der Behauptung zurückgehen lassen, daß er nichts schuldig sei, unter diesen Umständen aber befinde er sich in doppeltem Verzuge, was hiemit constatirt werde.
2. Klägerin sei nicht in der Lage, eine qualitativ andere Waare als die abgesandte zu expediren, bei dieser Sachlage aber sei selbstverständlich, daß zuerst über die Acceptabilität der letztern definitiv entschieden sein müsse, bevor ihr zugemuthet werden könne, weitere Waare zu versenden, sich der gleichen Dispositionsstellung auszusetzen und die bedeutenden Kosten über Fracht und Zoll, Rückfracht, Lagerspesen auf sich zu nehmen. Zu einem solchen Spiele die Hand zu bieten, sei Klägerin nicht verpflichtet.
3. Wie dem Gegner genügend bekannt, sei denn auch die Frage, ob Klägerin die Weiterlieferung nicht bis zum definitiven Entscheid über die Acceptabilität des Sprits der Januarlieferung sistiren dürfe, zum Gegenstand eines Petitums in der bereits schwebenden Klagesache gemacht, wofür auf den Inhalt der Weisung verwiesen werde. Uebrigens sei der förmliche Verzug Groeners durch den Wechselprotest besonders documentirt worden.
4. Unter diesen Umständen könne der Zuschrift des Gegners vom 13. März keinerlei rechtliche Bedeutung beigemessen werden, es werde gegen den Inhalt derselben, speciell auch gegen die Drohung, den mißbeliebigen Vertrag einseitig aufzuheben, — eine Operation, deren Endziel von Groener allerdings längst ersehnt und angestrebt worden sei, — protestirt und im Uebrigen die erfolgte Fristansetzung weder als eine angemessene noch zulässige anerkannt. Groener allein habe alle Folgen des Verzuges zu tragen, Klägerin lehne solche gänzlich von sich ab.
5. Für alle Fälle werde ausdrücklich erklärt, daß Klägerin bereit sei, die betreffende Waare ungesäumt und ohne Widerrede zu expediren, sobald Gegner die dießseitigen Ansprüche anerkenne und befriedige.

D. Die friedensrichteramtliche Weisung, auf welche in obiger Anzeige Bezug genommen wird und die sich auf den Streit über die Januarlieferung bezieht, datirt vom 5. März, ist dem klägerischen Anwalt am 6. gl. Mts. zugestellt, von ihm aber erst am 21. März dem Handelsgericht eingereicht worden. Gleichzeitig mit dieser Weisung reichte derselbe ein verschlossenes Kistchen ein, welches Spritmuster enthalte, die am 13. Februar 1885, unmittelbar vor Aufgabe der streitigen Januarrate an die Eisenbahn in Prag dieser selbst in Gegenwart von zwei Zeugen (Altmann und Bleyer) entnommen worden seien und somit die Beschaffenheit der Waare im Momente der Vertragserfüllung und am Erfüllungsorte darstellen.

Die in der Weisung zur Hauptklage enthaltenen Streitfragen lauten folgendermassen:

1. Ist der Beklagte (Hermann Groener) verpflichtet, die ihm gesandte Waare (Januarlieferung) anzunehmen und den Kaufpreis im Betrage von 9754 Fr. 64 nebst Zinsen à 6 % seit 13. März 1885 und Auslagen zu bezahlen?
2. Ist der Beklagte, — der weitern Ablieferung der Waaren durch die Klägerin vorangehend, verpflichtet, anerzukennen, daß die beim Handelsgerichte deponirten Muster die vertragsconforme Qualität der Waare darstellen und die Waare vor Ablieferung in Prag prüfen zu lassen und zu übernehmen, sowie die vereinbarten Tratten auszustellen?

Daneben ist eine Widerklage des Groener vorgemerkt, mit welcher derselbe verlangt, daß Klägerin verpflichtet werde, die streitige Waare zurückzunehmen, ihm den Betrag von 4781 Fr. 90 und 18 Fr. 15 für ausgelegte Fracht-, Zoll- und Untersuchungsspesen mit 6 % Zins seit dem 24. Februar 1885 zu vergüten und anzuerkennen, daß ihm sowohl für diese Forderung als alle weitern bereits entstandenen und noch entstehenden Spesen und Kosten etc. an der streitigen Waare ein Retentionsrecht zustehe.

E. Auf die amtliche Anzeige des klägerischen Anwalts vom 18. März antwortete der Vertreter Groeners (Advokat Dr. Zuppinger) mit einer Gegenanzeige vom 21. März, in welcher folgende Sätze aufgestellt werden:

1. Die Spritsendung pro Januar sei *nicht ohne Grund,* sondern weil die Qualität dem Vertrage in keiner Weise entsprochen habe, zur Disposition gestellt worden. Die Verweigerung der Zahlung dieser vertragswidrigen Waare sei selbstverständlich und könne daher von Verzug auf Seite des Käufers keine Rede sein.
2. Groener nehme Akt davon, daß Klägerin keine andere Waare liefern könne und wolle als die Januarlieferung enthalte und werde daraus seine Consequenzen ziehen. Ein Recht, mit der Februarlieferung zu warten, bis der Streit über die Januarlieferung durchgeführt sei, habe Klägerin nicht, zumal sie selbst *nach* der Dispositionsstellung der Januarlieferung (24. Februar 1885) Versandtordre für die Februarlieferung verlangt habe (siehe Brief vom 28. Februar).
3. Die Aufwerfung der Rechtsfragen vor Friedensrichteramt durch die Klägerin entbinde dieselbe nicht von ihrer Pflicht zur zeitgemässen Lieferung.
4. Der Inhalt der Zuschrift vom 13. März werde in allen Theilen aufrecht erhalten und Klägerin deßhalb für die Folgen des Verzuges verantwortlich gemacht unter Ablehnung jeder Verantwortlichkeit von Seite Groeners.
5. Hienach sei Groener nach dem 20. März nicht mehr verpflichtet, eine weitere Sendung anzunehmen.

Am 28. März insinuirte Dr. Zuppinger dem Anwalt der Klägerin eine zweite amtliche Anzeige, dahin gehend, daß, nachdem letztere die ihr angesetzte Frist zur Lieferung der Februarrate fruchtlos habe ablaufen lassen, Groener nunmehr den Vertrag über weitere Spritlieferungen als aufgehoben betrachte und erhielt sowohl als Antwort auf diese, wie die Kundgebung vom 21 März, eine vom 30. März datirte Gegenanzeige, in welcher zunächst die Eröffnungen vom 18. März bestätigt und die Auseinandersetzungen der Gegenpartei vom 21. März bestritten, im weitern aber folgende Kundgebungen ausgesprochen werden:

1. Für alle Eventualitäten werde wiederholt, daß Klägerin bereit sei, die verlangte Waare ungesäumt und ohne Widerrede zu expediren, sobald Gegner die klägerischen Ansprüche anerkenne und befriedige, in welchem Zusammenhange wiederholt auf Streitfrage 2 der anhängig gemachten Klage verwiesen werde. Es hänge also lediglich von Groener ab, ob er die Waare bekommen werde oder nicht.
2. Selbstverständlich werde durchaus in Widerspruch gesetzt, daß Gegner berechtigt sei, den ganzen Vertrag, wie dies am Schlusse der Anzeige vom 21. März gedroht und in derjenigen vom 28. gl. Mts. ausgeführt werde, als aufgehoben zu erklären. „Es wäre wahrlich bequem, — wird hier fortgefahren, — wenn man auf eine solche Weise sich von unangenehmen Verträgen losmachen könnte. Das Handelsgericht wird nicht ermangeln, dießfalls zu berücksichtigen, daß jene Aufhebung schon längst das ganze Sinnen und Trachten des Gegners war und daß er den ersten Anstoß fröhlich ergriff, um jenes lang erhoffte Ziel zu erreichen."
3. Schließlich sei zu beachten, daß die Fristansetzung, ihre prinzipielle Statthaftigkeit einmal verausgesetzt, unangemessen gewesen sei.

F. Die Hauptverhandlung in dem mehrerwähnten, die Januarlieferung betreffenden Prozeß fand am 17. April 1885 statt und es reducirte Klägerin hiebei das Rechtsbegehren 2 der Weisung dahin, daß sie blos noch verlangte, das Gericht wolle erkennen, es sei der

Beklagte, — der weitern Ablieferung der Waare vorangehend, — verpflichtet, anzuerkennen, daß die dem Gericht vorgelegten, am 13. Februar 1885 in Prag gezogenen Muster die vertragsconforme Qualität der Waare darstellen; es wurde also auf das Begehren verzichtet, daß Groener die Waare zukünftig in Prag prüfe und übernehme und dort schon Accepte für die Facturabeträge gebe.

G. Durch Urtheil vom 10. Juli 1885 hieß das Handelsgericht die Hauptklage der Verkäuferin, soweit dieselbe auf Abnahme der pro Januar 1885 gelieferten Waare und Bezahlung des Kaufpreises gerichtet war, gut, indem es davon ausging, daß die Mängelrüge des Beklagten eine unbegründete, und die gelieferte Waare vertragsgemäß beschaffen sei. Der widerklageweise geltend gemachte Anspruch des Beklagten auf Wandelung wegen nicht vertrags- und gesetzmässiger Beschaffenheit der Waare wurde abgewiesen und das gleiche Schicksal traf auch das zweite Begehren der Hauptklage, soweit dasselbe noch festgehalten worden war. Das Gericht fand, es stehe der Klägerschaft ein Anspruch dahingehend, daß der Beklagte die vorgelegten, in Prag von der Januarlieferung gezogenen Spiritusmuster als vertragsconforme Qualität der Waare anerkenne, nicht zu (siehe Erwägung 17 des Urtheils). Dieses Urtheil wurde dann aber vom Kassationsgericht durch Entscheidung vom 11. Januar 1886 aufgehoben, weil dasselbe sich auf den Befund eines Experten stütze, der als solcher nicht habe functioniren dürfen. Das Handelsgericht wurde beauftragt, einen andern Experten zu ernennen und nach Eingang des Gutachtens desselben ein neues Urtheil zu fällen. In dem daraufhin neuerdings eingeleiteten Verfahren vor Handelsgericht erhob der Beklagte eventuell auch den Preisminderungsanspruch, währenddem Klägerin das zweite Rechtsbegehren der Klage in der Schlußverhandlung zurückzog. Durch Urtheil vom 4. Juni 1886 hieß das Handelsgericht die Klage auf Abnahme der Waare und Zahlung des Kaufpreises neuerdings gut, bezeichnete also auch den Preisminderungsanspruch des Beklagten als unbegründet. Auch die Abweisung der Widerklage wurde bestätigt.

Gegen dieses zweite Urtheil erklärte der Beklagte die Weiterziehung ans Bundesgericht, es wurde aber diese mit Entscheidung vom 8. Oktober 1886 als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Urtheil in allen Theilen bestätigt.

H. Am 18. Oktober 1886 bezahlte die neue Firma Groener & Cie., welche unbestrittenermassen in sämmtliche Verpflichtungen des Hermann Groener eingetreten ist, die Urtheilssumme an den Vertreter der Klägerin und mit Brief vom 25. Oktober 1886 richtete sodann letztere selbst unter Bezugnahme hierauf das Gesuch an die Beklagte, ihr kund geben zu wollen, wie sie es mit den aus dem Schluß vom 22. Juni 1884 resultirenden 8 Doppelwaggons Sprit, den Raten der Monate Februar bis Mai 1885 zu halten gedenke, d. h. ob sie jetzt die Waare zu beziehen gedenke oder es vorziehe, solche unter noch zu vereinbarenden Bedingungen zurückzukaufen. Im letztern Falle wäre Sie, Klägerin, zum Rückkauf erbötig und würde, um die Sache zu einem raschen Ende zu führen, durch günstige Conditionen möglichst entgegenkommen. Diese Mittheilung wird unter Vorbehalt aller Rechte gemacht und zum Schlusse das Gesuch um umgehende Beantwortung gestellt.

Die Antwort erfolgte mit Brief vom 2. November 1886 und lautet dahin: „Auf Ihr Geehrtes vom 25. Oktober müssen wir Ihnen bemerken, daß sie sich s. Z. grundlos geweigert haben, die 4 Raten Sprit, welche nach dem Kaufvertrage in den Monaten Februar, März, April und Mai 1885 zu liefern waren, innert den Vertragsterminen zu liefern und nun nach mehr als Jahresfrist die Erfüllung des Vertrages nicht mehr verlangen können."

I. Am 3. November 1886 leitete Klägerin die gegenwärtige Klage beim Friedensrichteramt Zürich ein, am 4. November offerirte Groener dem Agenten derselben auf hiesigem Platz (Namens Henri Lotz) eine Abfindungssumme von 2000 Fr., mit Brief vom 5. November lehnte aber letzterer die Offerte ab, darauf hinweisend, daß nur ein Angebot, welches sich der Summe von 9—10,000 Fr. nähere, die Grundlage für weitere Unterhand-

lungen bilden könne. Da die Beklagte weitere Offerten nicht machte, so nahm Klägerin am 9. November Weisung heraus und reichte dieselbe mit Klageschrift vom 11. November am 13. gl. Mts. hierorts ein.

K. In der heutigen Hauptverhandlung hat der klägerische Vertreter zur Begründung des Satzes, daß die Beklagte auch heute noch zur Abnahme und Zahlung der aus dem Kaufvertrag vom 22. Juni 1884 restirenden 8 Doppelwaggons Kartoffelsprit verpflichtet sei, — folgende Positionen eingenommen:

1. Es sei rechtskräftig festgestellt, daß die Spritsendung pro Januar 1885 vertrags- und gesetzmäßig beschaffen gewesen sei und somit Groener dieselbe ohne Recht zur Verfügung gestellt und die Zahlung des Kaufpreises grundlos verweigert habe. Daraus folge, daß derselbe bezüglich dieser Sendung in Annahmeverzug und was die Zahlung betreffe, in Erfüllungsverzug gerathen sei. Dieser Doppelverzug habe ununterbrochen bis zum 18. Oktober 1886, (dem Zeitpunkt der Zahlung der Klagesumme) angedauert und während dieser Zeit sei Klägerin nicht verpflichtet gewesen, mit den weitern Ratalieferungen fortzufahren, nachher habe sie aber unverzüglich Versandtdisposition verlangt. (Brief vom 25. Oktober 1886.) Der Eintritt eines Erfüllungsverzuges ab Seite der Klägerin, aus dem Groener das Recht zum Vertragsrücktritt ableite, sei verhindert worden durch den angedeuteten Doppelverzug des letztern, denn das Rechtsgeschäft vom 22. Juni 1884 qualificire sich als ein *einheitlicher*, wenn auch ratenweise zu erfüllender Lieferungsvertrag, die Verpflichtungen des Käufers zur Annahme und Zahlung der Januarlieferung und der Verkäuferin zur Effectuirung der weitern Raten seien also solche aus dem nämlichen Vertrage und nun könne nicht der eine Contrahent Erfüllung des letztern verlangen, währenddem er sich bezüglich der ihm aus dem nämlichen Geschäfte obliegenden Verpflichtung im Verzuge befinde; wenn aber die Frage nach dem Vorhandensein eines Erfüllungsverzuges auf Seite der Klägerin verneint werden müsse, so falle der Titel, auf den Beklagter sein Rücktrittsrecht stütze, und mit diesem das letztere selbst dahin, der Vertrag bleibe aufrecht und sei folglich zu halten.
2. Eventuell, wenn ein Erfüllungsverzug der Klägerin angenommen werden wollte, hätte Groener den Anspruch auf Rücktritt vom Vertrag dennoch nicht erworben, weil er pflichtig gewesen wäre, der Klägerin eine *angemessene* Frist zur Nachlieferung anzusetzen, dieß aber nicht gethan habe, denn die Frist von bloß 5 Tagen (vom 15. März 1885, dem Tage der Ankunft des Briefes vom 13. März bis zum 20. März) sei keine angemessene. Die Fristansetzung müsse die Interessen des säumigen Schuldners wahren und die purgatio morae nicht unmöglich machen. Von einem Fixgeschäfte, das die Fristansetzung nicht fordere, könne im vorliegenden Falle nicht gesprochen werden.
3. Die Begründetheit der Klage folge ferner aus der Natur des in Frage stehenden Vertrages als eines zweiseitigen (Art. 95 des O.-R.), denn aus einem solchen könne kein Contrahent Erfüllung verlangen, außer er habe seinerseits schon erfüllt oder sei doch zur Erfüllung bereit. Das Begehren Groeners, daß Klägerin weiter liefere, obgleich er seinerseits die Annahme und Zahlung der unmittelbar vorher effectuirten Rate ohne allen Grund verweigert habe, müsse also auch von diesem Gesichtspunkte aus als ein unbegründetes erklärt werden, womit wiederum gesagt sei, daß ein Erfüllungsverzug auf Seite der Klägerin nicht vorliege und deßhalb Beklagter kein Recht zum Vertragsrücktritt erworben habe.
4. Zum gleichen Resultate führe die Lehre von der Voraussetzung. Vertragsvoraussetzung sei gewesen, daß Klägerin dem Beklagten immer nur 2 Doppelwaggons oder rund 10,000 Kilos creditire, was sich aus der Vereinbarung monatlicher Lieferungen mit Zahlung nach 30 Tagen ergebe. Würde nun aber gesagt, daß die Weigerung Groeners, bereits gelieferte Raten zu zahlen, die Klägerin von der

Verpflichtung zur Weiterlieferung nicht entbinde, so wäre das Resultat das, daß letztere jenem bis auf 50,000 Fr. hätte creditiren müssen, was mit der Vertragsgrundlage und Vertragsvoraussetzung in offenbarem Widerspruch stünde.

5. Das ganze Benehmen Groeners, seine Vertragskündigung vom Januar 1885, die Annahme und Zahlungsverweigerung bezüglich der Januarlieferung, die nachherige Prozeßführung etc. sei ein doloses, arglistiges gewesen und auch deßwegen habe Klägerin sich nicht für verpflichtet erachten können, weitere Lieferungen zu machen.

L. Darauf erwiderte der Vertreter der Beklagten, indem er auf Abweisung der Klage antrug:

1. Das in der Weisung enthaltene Begehren laute einfach auf Haltung des Vertrages bezüglich der restirenden 8 Doppelwaggons und verlange demnach etwas Unmögliches, weil die vertraglich stipulirten Lieferungstermine längst abgelaufen seien. Klägerin sage nicht, ob sie die Abnahme der acht Doppelwaggons auf einmal oder periodisch verlange und müsse deßhalb die Klage wegen mangelnder Substantiirung (angebrachtermaßen) abgewiesen werden.
2. Eventuell, wenn auf das Materielle der Sache eingetreten werde, komme zunächst in Frage, nach welchem örtlichen Recht der Streit zu entscheiden sei und darauf antworte die Beklagte, nach dem schweizerischen Obligationenrecht, weil die Contrahenten das Vertragsverhältniß diesem Rechte haben unterstellen wollen und ihr Wille maßgebend sei. Dieser ergebe sich zunächst daraus, daß die Parteien im Prozesse betr. die Abnahme und Zahlung der Januarlieferung über die Anwendung des schweizerischen Rechtes einig gewesen seien, dann aber auch daraus, daß der Vertrag vom 22. Juni 1884 *in Zürich* mit dem Agenten der Klägerin abgeschlossen worden sei.
3. Der Vertrag, auf dessen Haltung geklagt werde, sei dahingefallen, weil Klägerin in Erfüllungsverzug gerathen sei, Groener dadurch das Recht zum Vertragsrücktritt erworben und auch geltend gemacht habe, bezw. heute geltend mache. Es handle sich um ein Fixgeschäft, wofür zunächst die Vermuthung des Art. 234 des O.-R. angerufen und im Uebrigen darauf abgestellt werde, daß der Wille der Contrahenten, es müssen die einzelnen Raten jeweilen *spätestens* bis zum letzten Tage des betreffenden Monates geliefert werden, sich mit aller Deutlichkeit aus der Vertragsstipulation ergebe. Unterstützend komme hiezu, daß es sich um eine Waare handle, welche in kürzester Frist den verschiedensten u. erheblichsten Preisschwankungen unterworfen sei. Ausgehend von der Natur des Geschäftes als Fixgeschäft, folge das Rücktrittsrecht der Beklagten schon aus dem Erfüllungsverzug der Klägerin allein (Art. 123 und 234 des O.-R.), eventuell habe die Ansetzung einer angemessenen Nachfrist stattgefunden und könne somit das Rücktrittsrecht jedenfalls aus dem Art. 122 des O.-R. abgeleitet werden. Die heutige Abnahme der restirenden 8 Doppelwaggons Sprit werde aber auch aus dem Gesichtspunkte des Art. 125 des O.-R. verweigert, denn auf Grund der vertraglich vorgesehenen Lieferungstermine habe Groener seinerseits Verkäufe abgeschlossen, die zu erhaltende Waare weiter verkauft und als sie nicht gekommen, den Bedarf anderweitig decken müssen, sodaß er nun schon versehen sei und für die streitige Waare keinen Bedarf mehr habe. Zudem representire dieselbe heute einen viel geringern Werth als zur Zeit, da sie hätte geliefert werden sollen.
4. Die replicatorische Einwendung der Klägerin, sie sei deßwegen nicht in Erfüllungsverzug gerathen, weil sich Groener im Momente der Fälligkeit ihrer Leistungen bezüglich der Januarlieferung in Annahme- und Zahlungsverzug befunden habe, sei durchaus nicht zutreffend. Der letztere habe das gesetzliche Recht und sogar die Pflicht zur Prüfung der Waare gehabt, bei dieser sei er zum Schlusse gelangt, daß dieselbe dem Vertrag nicht entspreche und in dieser Annahme bestärkt worden durch die vielfachen Reclamationen der

Kunden und die Privatgutachten von Sand und Bertschinger, gewiß habe er nun reclamiren und Zahlung verweigern dürfen; da dieß in gutem Treuen geschehen sei, habe sein Verhalten der Klägerin unmöglich das Recht geben können, die Lieferung der weitern Raten zu verweigern. Dieser Fall dürfe durchaus nicht auf gleiche Linie gestellt werden mit demjenigen, in welchem der Käufer die gelieferte Rate acceptire, den fälligen Kaufpreis aber gleichwohl, z. B. wegen Unvermögens oder reiner Zahlungsflucht etc. nicht berichtige, wiewohl auch für diesen Fall ein Recht des Verkäufers, die weitern Raten zurückzuhalten, nicht anerkannt werde.

5. Ein allfälliger Verzug Groeners in Bezug auf die Annahme und Zahlung der Januarlieferung hätte die Klägerin auch deßwegen zur Sistirung der übrigen Ratalieferungen *nicht* berechtigt, weil das Lieferungsgeschäft vom 22. Juni 1884 ein theilbares, aus 10 Einzelkäufen zusammengesetzes sei und der Verzug des Käufers bei einem dieser Verträge ohne allen Einfluß sei auf die Verpflichtungen des Verkäufers aus einem andern Vertrage.

6. Groener habe bezüglich der Januarlieferung deßwegen nicht in Verzug gerathen können resp. es sei ein bezüglicher Verzug wieder aufgehoben worden dadurch, daß Klägerin vor Friedensrichteramt, in den amtlichen Anzeigen ihres Anwaltes vom 18. und 30. März 1885 und auch noch vor Gericht nicht bloß Annahme und Zahlung der Januarlieferung, sondern überdem Anerkennung der dem Gericht vorgelegten Muster, als die vertragsgemäße Qualität der Waare darstellend, Abnahme und Prüfung der weitern Lieferungen in Prag und dortige Ausstellung von Accepten verlangt habe, diese Begehren aber unbedingt grund- und haltlos gewesen seien und somit eine Zuvielforderung der Klägerin vorliege, welche Groener zu erfüllen nicht verpflichtet gewesen sei.

7. Darin, daß Klägerin nach bereits erfolgter Dispositionsstellung der Januarlieferung bezüglich der Februarrate Versandtdisposition verlangt habe, liege der Ausdruck des Willens, daß sie jener Dispositionsstellung kein Gewicht beilege, in derselben nicht einen Verzug Groeners erblicke und eventuell keine Rechte aus einem solchen ableite, also auch nicht die Befugniß, die Lieferung der übrigen Raten zu sistiren.

Die übrigen Rechtsausführungen der Klägerin wurden bestritten, namentlich auch soweit dieselben auf ein doloses Benehmen Groeners abstellen. Der beklagtische Vertreter sucht darzuthun, daß von einem dolosen Benehmen Groeners nicht gesprochen werden könne. Anderseits erwidert Klägerin unter Bestreitung aller Vorbringen der beklagten Partei, daß wenn sie am 28. Februar 1885 bezüglich der Februarrate Versandtdisposition verlangt habe, dieß in der Voraussetzung geschehen sei, Groener werde von seiner Renitenz bezüglich der Januarlieferung abstehen und daß wenn ihre später erhobenen weitern Begehren betreffend Anerkennung der Muster als vertragconforme Waare, Prüfung und Abnahme der letztern in Prag etc. allenfalls zu weitgehend gewesen seien, darauf deßwegen nichts ankomme, weil das ganz nebensächliche Dinge seien, an denen natürlich nicht weiter festgehalten worden wäre, sobald Groener die Januarlieferung angenommen und bezahlt hätte. Immer sei ihm denn auch eröffnet worden, daß man erfüllungsbereit sei, sobald er sein renitentes Benehmen aufgebe.

Der Streit sei auf Grund des deutschen Handelsgesetzbuches zu entscheiden. Beide Parteien verlangen Schutz ihrer Hauptanträge unter den gewöhnlichen prozessualen Folgen für die Gegenpartei.

Entscheidungsgründe:

1. Die Klage bezweckt die richterliche Feststellung der fortdauernden Rechtsverbindlichkeit des am 22. Juni zwischen der Klägerin und dem Kaufmann Hermann Groener über 20 Doppelwaggons Kartoffelsprit zu Stande gekommenen Kauf- bezw. Lieferungsvertrages, soweit derselbe seine Erfüllung noch nicht gefunden hat, also bezüglich der noch restirenden 8 Doppelwaggons und zwar in der Meinung, daß derselbe als zwischen den heutigen Parteien geltend erklärt werden soll.

Ueber den letztern Punkt, d. h. darüber, daß wenn der Vertrag überhaupt noch zu Recht besteht, er unter den heutigen Parteien Geltung haben soll, gehen die Parteien einig, weil die Beklagte in alle Verbindlichkeiten des Hermann Groener eingetreten ist und Klägerin dieselbe als neue Schuldnerin anerkennt.

2. Die Veranlaßung zur Klage liegt in der positiven Bestreitung der fortdauernden Rechtsbindlichkeit des citirten Vertrages ab Seite der Beklagten und der damit zusammenhängenden Weigerung, denselben weiter zu halten, bei dieser Sachlage aber kann die prozessualische Berechtigung der Klägerin zur Anbringung des erwähnten Feststellungsbegehrens nicht in Zweifel gezogen werden.

3. Da die für die 8 Doppelwaggons vertraglich vorgesehenen Lieferungstermine längst verstrichen sind, so ist klar, daß die Klage auf Anerkennung einer Verpflichtung des Inhalts geht, jene Waare auch heute noch abzunehmen und zu bezahlen. Dagegen hat sich die Klägerin allerdings darüber nicht ausgesprochen, in welcher Weise sie die Empfangnahme der Waare beanspruche, ob in einer einheitlichen, einmaligen Gesammtlieferung oder in periodischen, speziell in monatlichen Bezügen von je 2 Waggons, wie es der Vertrag vorsieht und in dieser Richtung leidet die Klage allerdings an einem Mangel, allein es würde sich nicht rechtfertigen, dieselbe deßwegen angebrachtermassen abzuweisen, weil außer Frage steht, daß Klägerin ihr Begehren auf Haltung des Kaufes nicht davon abhängig macht, ob die eine oder andere der zwei genannten Lieferungarten festgesetzt werde, sondern dasselbe eventuell auch dann festhält, wenn es nur in der für sie ungünstigern Art der Ratenlieferungen gutgeheissen werden könnte, sodaß ihr Petitum einfach als dahin lautend betrachtet werden kann, es möge die Beklagte nach Befinden des Gerichtes zur sofortigen einmaligen oder zur periodischen ratenweisen Empfangnahme der Waare verpflichtet werden, eine Formulirung, welcher keinerlei prozessualische Bedenken entgegenstehen.

4. Uebergehend auf die Sache selbst, kommt zunächst in Frage, nach welchem örtlichen Recht der vorliegende Streit zu beurtheilen sei, ob nach schweizerischem oder östreichischem. Die Entscheidung hängt davon ab, welchem dieser beiden Rechte die durch den Vertrag vom 22. Juni 1884 begründete Obligation unterworfen sei, denn nach diesem ist auch die hier streitige Frage des Untergangs derselben zu beurtheilen. Maßgebend hiefür ist der ausdrückliche oder stillschweigend vorauszusetzende Wille der Vertragscontrahenten. Die Beklagte, welche diesen Standpunkt acceptirt, beruft sich nun darauf, daß die Parteien den frühern Prozeß betreffend Abnahme und Zahlung der Januarlieferung ausschließlich auf Grund des schweizerischen Rechts plädirt haben und schließt aus dieser Thatsache auf eine Anerkennung der Contrahenten, daß das Vertragsverhältniß vom Juni 1884 dem hiesigen Bechte unterstellt worden sei, allein der Schluß geht zu weit, denn das angedeutete Verhalten der damaligen Parteien kann seinen Grund ebensogut in der Betrachtung haben, daß es für Entscheidung der in jenem Prozeße streitig gewesenen Frage vollständig auf das gleiche hinaus komme, ob schweizerisches oder östreichisches Recht angewendet werde und daß nur deßhalb, der Einfachheit wegen das sowohl den Parteivertretern als dem Gerichte näher gelegene und auch beiden Theilen geläufigere schweizerische Recht citirt wurde. Diese Auffassung liegt viel näher als die andere, weil der Ausgangspunkt derselben, die Annahme der wesentlichen Uebereinstimmung beider Rechte bezüglich der damals streitigen Frage der Wirklichkeit entspricht und deßhalb gar keine Veranlaßung vorlag, sich darüber Rechenschaft zu geben, welches der Wille der Contrahenten bezüglich der örtlichen Rechtsanwendung zur Zeit des Verragsschlusses gewesen sei. Haben sich aber die Parteien damals aus den angeführten Gründen keine Rechenschaft darüber gegeben, so kann in ihrem Verhalten keine weitere Willenserklärung erblickt werden als die, es solle der gerade pendente Streit auf Grund des schweizerischen Rechtes beurtheilt werden. Daraus folgt, daß die Frage der örtlichen Rechtsanwendung für den vorliegenden Fall eine durchaus offene ist und das Verhalten der Parteien im frühern Prozeß nicht

einmal ein Indicium für die Willensmeinung derselben hinsichtlich der Rechtsanwendung im entscheidenden Moment des Vertragsschlusses bilden kann. Tritt man aber frei an die Frage heran, so muß sie im Sinne der Anwendung östreichischen Rechts entschieden werden. Es ist nicht ohne Weiters klar, daß Zürich als Entstehungsort des Vertrages zu betrachten sei, denn wenn auch der Schluß zunächst zwischen Groener und dem hiesigen Agenten vereinbart wurde, so erfolgte doch die schließliche Bestätigung des Geschäftes durch einen an die Klägerin direkt gerichteten Brief Groeners (siehe Akt 6 der frühern Akten) und daraus dürfte gefolgert werden, daß Agent Lotz den Kauf nur vermittelte, die endgültige Perfection desselben aber erst mit Eingang des Bestätigungsschreibens (in Pest) und stillschweigende Annahme desselben eintrat. Dazu kommt nun aber als entscheidende Thatsache, daß der *Erfüllungs*ort des Vertrages unzweifelhaft Prag ist, worüber die Parteien nicht nur im frühern Prozeße einig gingen, sondern auch im Gegenwärtigen einig gehen und was sich aus der Stipulation ergibt, daß Klägerin *franco Bahnhof Prag* zu liefern habe, denn es entspricht der Natur der Sache und der muthmaßlichen Intention der Contrahenten, daß für den objektiven Bestand und die Wirkungen eines Vertrages das Recht desjenigen Ortes maßgebend sei, an welchem der letztere erfüllt werden soll. Wenn sich die Klägerin verpflichtete, franco Bahnhof Prag zu liefern, also einfach dafür einstehen wollte, daß die Waare bei ihrer Aufgabe in Prag vertrags- und gesetzmäßig beschaffen sei, so hatte sie gewiss auch die Meinung, daß gerade diese Frage nach dortigem Rechte entschieden werden soll, sofern und soweit davon etwas abhängen sollte und auch der Käufer hätte beim Nachdenken über die Sache zum gleichen Schlusse gelangen müssen. Der Kaufpreis war durch Honorirung von Tratten zu bezahlen, die Klägerin konnte sich also durch deren einfache Weiterbegebung bezahlt machen, vorausgesetzt nur, daß Groener die Anweisungen gegenüber dem letztern Inhaber einlöste. Auch war letzterer auf Verlangen offenbar verpflichtet, zu acceptiren, also Accepte an Zahlung zu liefern, sodaß auch hinsichtlich der Preiszahlung Prag als Erfüllungsort angesehen werden darf. Die Streitfrage ist also nach dem in Prag geltenden deutschen Handelsgesetzbuch zu beurtheilen.

5. Es herrscht kein Streit darüber, daß der Lieferungsvertrag vom 22. Juni 1884 s. Z. in perfecter und rechtsverbindlicher Weise zu Stande gekommen ist und mit dieser Thatsache ist das Klagefundament zunächst gegeben, weil die Nichtinnehaltung einer vertraglich fixirten Erfüllungszeit in der Regel den Untergang einer Obligation nicht zur Folge hat, vielmehr dieß nur ausnahmsweise und oft blos in Verbindung mit andern Umständen der Fall ist, woraus folgt, daß derjenige Contrahent, welcher diesen Untergang als Folge nicht rechtzeitiger Erfüllung geltend macht, darthun muß, daß die speziellen Voraussetzungen zutreffen, unter denen die verspätete Erfüllung den behaupteten Untergang des Vertrages nach sich zieht.

6. Die Beklagte wirft der Klägerin bezüglich der noch in Frage kommenden 8 Doppelwaggons Sprit Erfüllungsverzug vor und glaubt, daß dieser allein ihr schon das Recht zum Vertragsrücktritt gegeben habe. Diese Ansicht wird auf die Annahme gestützt, daß sich der Vertrag vom 22. Juni 1884 bezüglich jeder einzelnen Lieferung als Fixgeschäft darstelle, allein dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden, womit auch die daraus gezogene Schlußfolgerung wegfällt. Die vertragliche Vereinbarung, wie sie durch den spätern Verkehr interpretirt und festgestellt wurde, geht dahin, daß der Käufer innerhalb jedes der näher bezeichneten Monate bezüglich zweier Doppelwaggons Sprit Versandtdisposition zu ertheilen habe und ihm daraufhin die Waare sofort, bezw. so bald als es nach dem üblichen Geschäftsgange möglich sei, geliefert werden müsse, eine Frist ist also direkt nur für die Ertheilung der Versandtdisposition gegeben, sie hat im Laufe des vertraglich vorgesehenen Monats zu geschehen, ansonst der Käufer in Verzug geräth, sie kann also auch noch am letzten Tage des Monats stattfinden und dann fällt die Lieferung *selbst* erst in den folgenden Monat, unter diesen Umständen aber kann

nicht gesagt werden, daß für die letztere selbst vereinbart sei, sie müsse binnen einer *genau* festbestimmten Frist stattfinden (Art. 357 des D. H.-G.-B.). Zu einem andern Resultate könnte man aber auf Grund des hier maßgebenden deutschen Handelsgesetzbuches selbst dann nicht kommen, wenn man von der Vorschrift der Versandtdisposition absehen und einfach als vereinbart betrachten würde: „lieferbar in den Monaten Januar bis Mai 1885 etc., monatlich 2 Doppelwaggons", denn auch dann dürfte nach der Auslegung, welche der Art. 357 des D. H.-G.-B. in der deutschen Gerichtspraxis gefunden hat, nicht davon ausgegangen werden, daß die Contrahenten *das Stehen und Fallen des Vertrages* haben davon abhängig machen wollen, daß jeweilen *spätestens* am letzten Tage des Monats geliefert werde, die deutsche Gerichtspraxis erblickt diesen Willen nicht in jeder Aufstellung einer bestimmten Lieferfrist, sondern verlangt eine *besondere* Documentirung desselben und diese Praxis steht gewiß auch im Einklange mit dem Gesetze, welches für das Fixgeschäft eine Verabredung verlangt, daß die gesetzte Lieferzeit oder Lieferfrist *genau* beobachtet werde und damit zu erkennen gibt, es müsse der Wille, der Innehaltung der Lieferzeit eine so große Bedeutung beilegen zu wollen, daß das Schicksal des Vertrages selbst davon abhängen soll, ausdrücklich oder stillschweigend seinen besondern Ausdruck gefunden haben (siehe Fuchsberger, Handelsrecht I, pag. 662 und 663). Es ist dieß auch der Standpunkt des Art. 123 des Schw. O.-R.; die Vermuthung des Art. 234 unseres Gesetzes kennt das deutsche Handelsgesetzbuch nicht.

7. Groener hat nun aber der Klägerin bezüglich der Februarrate 1885 eine Nachfrist gewährt und diese wird richtigerweise nicht bloß vom 13. bezw. 15. März bis 20. gl. Mts. berechnet, weil die Versandtdisposition schon am 26. Februar gegeben worden ist, die Lieferfrist am letzten dieses Monats zu Ende ging und deßhalb schon die Zeit vom 1. März an als Nachfrist zu behandeln ist. Sodann hat Klägerin auch nach dem 20. März nicht geliefert und kann sich deßhalb heute sicherlich nicht darauf berufen, sie habe zu wenig Nachfrist gehabt. Daraus folgt, daß wenn sie wirklich in Erfüllungsverzug gerathen ist, Groener das Recht, vom Vertrage abzugehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen worden wäre, — dennoch erworben hat und zwar auf Grund der Art. 355 und 356 des D. H.-G.-B. Hiezu genügte der Verzug bezüglich einer Rate des einheitlichen Lieferungskaufes (siehe Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichtes, Bd. 16, pag. 193 und 202) und übrigens liegt die Sache so, daß wenn Klägerin bezüglich der Februarrate in Verzug gerathen ist, dieß auch bezüglich der andern Raten der Fall ist.

8. Die Hauptfrage, ob Klägerin in Erfüllungsverzug gerathen sei, ist nun aber zu verneinen und damit fällt auch das von der Beklagten hieran geknüpfte Rücktrittsrecht. Der Eintritt des Erfüllungsverzuges auf Seite der Klägerin ist gehindert worden durch das Benehmen Groeners bezüglich der Januarlieferung. Es ist rechtskräftig entschieden und daher nicht weiter diskutirbar, daß die Beanstandung und Rückweisung dieser Lieferung vom 24. Februar 1884 eine grundlose war und wenn nun auch damit der Zahlungsverzug noch nicht eingetreten ist, weil Zahlung erst am 13. März zu leisten war, so ist derselbe doch auf diesen Termin in absolut sichere Aussicht gestellt worden. Groener lehnte die Erfüllungsbereitschaft betreffend die Zahlung der Januarlieferung von vornherein in der bestimmtesten Weise ab und da diese Ablehnung eine grund- und haltlose war, so konnte er von der Klägerin nicht gleichzeitig Erfüllung hinsichtlich der übrigen Raten verlangen, seine Mahnung blieb rechtlich unwirksam, sie konnte den Erfüllungsverzug der Klägerin nicht begründen, resp. mußte den Eintritt desselben verhindern, weil er begleitet war mit einem vertragswidrigen Verhalten, Groener mehr forderte als er zu fordern berechtigt war, nämlich Lieferung der weitern Rate *ohne Zahlung der frühern am vertraglich festgesetzten Termin*. Angenommen aber auch, dieses soeben citirte Verhalten Groeners hätte den Eintritt des Erfüllungsverzuges auf Seite der Klägerin noch nicht zu verhindern vermocht, dieser wäre also z. B. Ende Februar oder Anfangs

März 1885 eingetreten, so vermochte er für sich allein das Rücktrittsrecht noch nicht zu begründen, sondern es mußte laut Art. 356 des D. H.-G.-B. die Anzeige von der Geltendmachung dieses Rechtes mit Gewährung einer angemessenen Nachfrist hinzukommen. Diese Anzeige mit Fristansetzung erfolgte am 13. März, d. h. an demjenigen Tage, an welchem der Kaufpreis für die Januarlieferung fällig war und Groener in Zahlungsverzug gerieth, dieser, sein eigener Verzug aber hat denjenigen der Klägerin, wenn derselbe überhaupt eingetreten ist, wieder aufgehoben, es ist eine purgatio morae eingetreten, Groener konnte die Erfüllung nicht verlangen ohne seine nunmehr ebenfalls fällige Verpflichtung gleichzeitig zu erfüllen, die Nachfristansetzung mit Androhung des Rücktrittes blieb rechtlich unwirksam, weil sie mit dem vertragswidrigen Begehren begleitet war, daß Klägerin liefere, obgleich er, Groener, seinerseits die Vertragserfüllung verweigere. Wenn die Beklagte meint, die Zahlungsweigerung bezüglich der Januarlieferung sei deßwegen ohne Belang, weil sie ihren Grund in der Bemängelung der Waare habe und diese in guten Treuen erfolgt sei, so geht sie fehl, weil die festgestellte Grundlosigkeit der Mängelrüge von selbst auch die Grundlosigkeit der Zahlungsweigerung darthut. Auf den guten Glauben kommt nichts an und übrigens war derselbe ganz entschieden nicht vorhanden, denn Groener wußte genau, daß er *Fischl*-Sprit gekauft habe und die gelieferte Waare die Eigenschaften dieser Marke besitze, um aber den mißbeliebigen Vertrag lösen zu können, stellte er weitergehende unberechtigte Anforderungen, wie dieß alles schon in den frühern Urtheilen ausgeführt worden ist. Es ist nicht einzusehen, warum es rechtlich einen Unterschied machen soll, ob der Zahlungsverzug des Käufers auf einfache Zahlungsflucht oder auf Zahlungsunvermögen oder endlich, wie hier, auf den Grund haltloser Bemängelung der gelieferten Waare und die Tendenz, die Vertragsverbindlichkeit wo möglich abzulehnen, zurückzuführen ist.

9. Wenn beklagterseits die Begründetheit [illegible]r Ausführungen deßwegen bestritten wird, weil sich die Leistung, deren Erfü[illegible] Groener am 13. März 1885 bezw. [illegible] früher verweigert hat, nicht als Gegenleis[illegible] zu derjenigen darstelle, deren Erfüllung [illegible] ihm verlangt worden sei, so kann di[illegible] Einwand nicht als durchschlagend anerka[illegible] werden. Allerdings stehen sich die fragl[illegible] Leistungen nicht direkt gegenüber, allein genügt, daß es solche aus dem nämliche[illegible] Vertrage sind, denn das Recht, Erfüllu[illegible] eines Vertrages zu verlangen, ist an die V[illegible] aussetzung geknüpft, daß der Verlange[illegible] auch seinerseits bezüglich der ihm aus d[illegible] nämlichen Vertrag obliegenden Verpflichtung[illegible] erfüllungsbereit sei, es widerspricht der Vertragstreue, daß der eine Contrahent Erfüllu[illegible] verlangt und gleichzeitig die Erfüllung d[illegible] ihm obliegenden Leistung aus nichtige[illegible] Gründen ablehnt. Freilich behauptet nun d[illegible] Beklagte, es liegen in concreto 10 Einzel[illegible] käufe vor, allein es leuchtet ohne weite[illegible] Begründung ein, daß dem nicht so ist: d[illegible] Vertrag vom 22. Juni 1884 stellt sich ni[illegible] mehr als ein einheitlicher, wenn auch aller[illegible] dings in Raten zu erfüllender Lieferungska[illegible] dar. Die bisherigen Ausführungen, wona[illegible] der Zahlungsverzug des Käufers hinsichtl[illegible] einer ihm bereits gelieferten Rate den [illegible] füllungsverzug des Verkäufers bezüglich [illegible] noch restirenden Raten nicht eintreten läß[illegible] finden auch ihre Bestätigung in der Gerichts[illegible] praxis, wofür zu verweisen ist auf: Zeitschrift für Schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 5 pag. 196 X. Bd. I pag. 215. Goldschmiodt, Zeitschrift Bd. 12 pag. 289 Nr. 71. Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichtes Bd. 12 pag. 63 Schluß und 64. Bd. 21 pag. 132 Nr. 43. Nach Maßgabe der Art. 354 und 359 des D. H.-B. wäre Klägerin sogar zur *gänzlichen* Einstellung der Weiterlieferung befugt gewesen, also muß sie gewiß auch das Recht zur bloßen Sistirung gehabt haben.

10. Ein weiterer Einwand der Beklagten ist der, der Zahlungsverzug Groeners habe deßwegen nicht wirksam werden und deßhalb den Eintritt des Erfüllungsverzuges auf Seite der Klägerin nicht hindern können, weil Letztere ihre Erfüllungsbereitschaft nicht bloß von der Annahme und Begleichung der

nuarlieferung, sondern noch von weitern, solut unbegründeten Begehren abhängig macht, also eine Zuvielforderung gestellt be. Auch dieser Auffassung kann indessen cht beigetreten werden. Zwar ist thatsäch- h richtig, daß Klägerin zu weit ging und re Befugniß überschritten hat, als sie, — eiterer Lieferung vorangehend, — Aner- ennung gewisser Muster, als die vertrags- emäße Qualität der Waare darstellend und ogar Prüfung der weitern Lieferungen in 'rag verlangte, allein dieses Vorgehen ist eßwegen ohne alle Bedeutung, weil die frag- ichen Begehren ihren Grund ganz offen- ichtlich nur in der ungerechtfertigten Rück- weisung der Januarlieferung und dem damit zusammenhängenden Zahlungsverzug Groeners hatten und sich deßhalb von vornherein als solche kennzeichneten, die gleichzeitig mit ihrer Veranlaßung dahin fallen, unter diesen Umständen klar ist, daß dieselben keinerlei Einfluß auf die Entschließungen Groeners bezüglich der Januarlieferung ausgeübt haben, eine derartige einflußlose Zuvielforderung aber rechtlich ohne Belang ist. (Siehe Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichtes Bd. 16 pag. 201 und Bd. 21 pag. 132.) Die ganze Aktenlage beweist nicht nur, daß Klägerin, sobald die Januarlieferung angenommen und bezahlt worden wäre, jene Begehren zurückgezogen und weiter geliefert hätte, sondern namentlich auch, daß Groener selbst dann, wenn sie nicht gestellt worden wären, auf seiner Renitenz bezüglich Annahme und Zahlung der Januarlieferung beharrt hätte, unter diesen Umständen aber muß gesagt werden, daß der hier ventilirte Einwand von ihm nicht in guten Treuen vorgebracht wird.

11. Ein letzter Standpunkt der Beklagten ist endlich der, es habe Klägerin durch ihre bezüglich der Februarrate gestellten Begehren um Ertheilung von Versandtdispositionen zu erkennen gegeben, daß sie aus dem Verhalten Groeners bezüglich der Januarlieferung kein Recht auf Sistirung der rückständigen Raten ableite, allein auch diese Position ist nicht haltbar. Zunächst fällt natürlich das in einer Nachschrift der Factur vom 13. Febr. 1885 gestellte Begehren um Ertheilung von Versandtdispositionen deßwegen außer Betracht, weil zur Zeit, als dasselbe geschrieben wurde, von einer Bemängelung der Januarlieferung noch keine Rede war und naturgemäß auch keine sein konnte. Was aber das gleichlautende Begehren vom 28. Februar betrifft, so ist darauf zu verweisen, daß dasselbe eingeleitet wird mit einer Bezugnahme auf die am Tage vorher erfolgte Rückweisung der Bemängelung Groeners, denn daraus folgt, daß die Aufforderung nur den Sinn einer Mahnung und zwar des Inhalts hatte, von der grundlosen Dispositionsstellung abzulassen, die Waare anzunehmen, zu bezahlen und die weitere Vertragsausführung durch Ertheilen von Versandtvorschriften zu ermöglichen, gewiß aber ist der Klägerin nicht eingefallen, zu erklären und hat sie auch nicht erklärt, daß selbst dann, wenn Groener auf seiner Dispositionsstellung beharre, die weitern Raten geliefert werden sollen, sie bezüglich derselben keinerlei Rechte aus seinem vertragswidrigen Verhalten ableite, auf alle rechtlichen Konsequenzen aus demselben verzichte.

12. Da der Zahlungsverzug Groeners bis zum 18. Oktober 1886 (Berichtigung des Kaufpreises der Januarlieferung) ununterbrochen angedauert hat, so konnte Klägerin nach den obigen Ausführungen bis dahin nicht in Erfüllungsverzug gerathen, ein solcher ist aber auch seither nicht eingetreten, weil der Grund der Nichtlieferung von da an lediglich auf der Annahmeverweigerung der Beklagten beruht. Da nun aber diese ihr Rücktrittsrecht einzig auf den Titel eines Erfüllungsverzuges der Klägerin stützt und auch blos darauf stützen kann, so ist das Vorhandensein desselben Mangels dieses Titels zu verneinen, die Folge davon aber ist die, daß der Vertrag bezüglich der noch restirenden 8 Doppelwaggons auch heute noch zu Recht besteht und demnach von der Beklagten gehalten werden muß. Die Klage ist also im Prinzipe gutzuheissen und es frägt sich bloß noch, in welcher Weise die Beklagte jene 8 Doppelwaggons zu empfangen hat, ob als einmalige Leistung oder in monatlichen Bezügen. Dießfalls ist im letztern Sinne zu entscheiden, weil sich die Natur des Vertrages als eines *ratenweise* zu er-

füllenden Lieferungsvertrages dadurch nicht geändert hat, daß Groener bezw. die Beklagte dessen bisherige Erfüllung verunmöglichten, vielmehr dieser Umstand nur eine Verschiebung der Lieferungstermine zu bewirken vermochte. Als solche sind nunmehr festzusetzen die Monate Januar bis und mit März 1887 in der Meinung, daß in jedem derselben 2 Doppelwaggons Sprit zu liefern sind.

13. Da die Beklagte hienach gänzlich unterliegt, sind ihr die Kosten nebst einer angemessenen Prozeßentschädigung an die Klägerin aufzulegen.

Schluss:

1. Die Beklagte ist schuldig, den mit der klägerischen Firma abgeschlossenen Kauf bezüglich der restirenden acht Doppelwaggons Kartoffelsprit zu halten, und zwar in dem Sinne, daß von Januar 1887 an monatlich je zwei Doppelwaggons zu liefern, zu beziehen und zu bezahlen sind.
2. Die Staatsgebühr wird auf Fr. 200 angesetzt.
3. Die Kosten sind der Beklagten aufgelegt.
4. Dieselbe hat der Klägerin eine Prozeßentschädigung von Fr. 150 zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Die Bürgschaftskündigung (Art. 503 Absatz 2 des O.-R.) in Ansehung ihrer zeitlichen Zulässigkeit.

(Obergericht Zürich, App.-K. 20. November 1886 i. S. Wild ca. Martin.)

Ein Bürge schrieb am gleichen Tage, an welchem er die Bürgschaftsverpflichtung eingegangen hatte (22. April 1883) dem Gläubiger: „Ich kündige Ihnen die Bürgschaft auf 1. Mai 1883, eventuell auf denjenigen Zeitpunkt, welcher nach dem gegenwärtig geltenden Gesetze als der kürzeste vorgesehen ist.“ Nach dem Schuldvertrag konnte die Fälligkeit der Hauptforderung durch jederzeitige vierteljährige Kündigung herbeigeführt werden und diese erfolgte vom Gläubiger auf Martini 1884. Da Zahlung nicht geleistet wurde, betrieb derselbe die in Zug wohnhafte Schuldnerin und es gerieth letztere in Folge dieser Betreibung in Konkurs, dieser aber brachte keine Deckung für die fragliche Forderung und deßhalb wandte sich der Gläubiger an den Bürgen. Seinem Anspruch wurde indeß die Einrede des Untergangs der Bürgschafts-Verpflichtung entgegengehalten, weil diese schon am Tage ihrer Begründung (22. April 1883) gekündet worden sei und Kläger deßhalb gemäß Art. 503 Abs. 2 des O.-R. verpflichtet gewesen wäre, die Hauptforderung *sofort* nach Ablauf eines Jahres, also am 23. April 1884 auf ein Vierteljahr (23. Juli 1884) zu künden und sodann innerhalb 4 Wochen rechtlich geltend zu machen, dieser Verpflichtung aber nicht nachgekommen sei und daraus nach der citirten Gesetzesbestimmung seine, des Beklagten Befreiung folge. *Beide Instanzen verwarfen jedoch diese Einrede und verpflichteten den Beklagten zur Zahlung.*

Gründe:

Die Bürgschaftskündigung des Beklagten war eine vor- und unzeitige und konnte deßhalb die in Art. 503 des O.-R. an die *zur richtigen Zeit* erfolgte Kündigung geknüpfte Verpflichtung des Gläubigers, die Fälligkeit der Hauptforderung auf den nächstmöglichen Termin herbeizuführen und sodann letztere nach Vorschrift von Absatz 1 daselbst geltend zu machen, nicht begründen, woraus folgt, daß der Kläger eine solche Verpflichtung auch nicht verletzen und die vom Beklagten darauf basirte Befreiung nicht eintreten konnte. Der Wortlaut des Art. 503 Absatz 2 des O.-R. ist nämlich nicht der, der Bürge könne verlangen, daß der Gläubiger die Hauptschuld ein Jahr nach Eingang der Bürgschaft künde und liquidire, in welchem Falle dieses Recht allerdings sofort mit dem Eingang der Bürgschaft begründet würde und folglich auch von da an ausgeübt werden könnte, sondern es geht derselbe dahin, daß der Bürge *erst nach Ablauf eines Jahres* zu dem Verlangen der Kündigung und Liquidation befugt sei, läßt also dieses Recht erst mit dem Momente des Ablaufs eines Jahres zur Existenz gelangen, woraus von selbst folgt, daß es nicht schon vorher geltend gemacht werden kann. Im

erstern Falle läge eine Beschränkung *des Inhalts* des Rechtes vor, weil der Bürge nicht die sofortige, sondern erst eine spätere Kündigung und Liquidation der Hauptschuld verlangen könnte, nach dem thatsächlich vorhandenen Wortlaut des Gesetzes aber ist nicht der *Inhalt* des Rechtes, sondern *die zeitliche Geltendmachung desselben* beschränkt, der Bürge kann die sofortige Kündigung und Liquidation verlangen, d. h. sobald dieselbe von seinem Begehren an rechtlich möglich ist, aber er kann dieses Begehren erst nach Ablauf eines Jahres, vom Datum des Bürgschaftsvertrages an, stellen. Der Unterschied leuchtet ein und ist auch keineswegs bedeutungslos, denn für den Gläubiger ist es gar nicht gleichgültig, ob er eine jederzeitige Bürgschaftskündigung oder aber nur eine solche entgegenzunehmen und zu beachten hat, die ein Jahr nach Eingang der Bürgschaft erlassen wird, denn im erstern Fall kann er dieselbe, namentlich wenn sie lange vor dem Jahresablauf eintrifft, leicht vergessen und zu nützlicher Zeit übersehen, während diese Gefahr im letztern Falle viel geringer ist.

Verborgene Mängel des vom Verkäufer von Weinmost (Sauser) zum Versandt verwendeten Fasses. Springen des Letztern auf dem Transport in Folge dieser Mängel. Frage der Haftpflicht des Verkäufers für den Schaden.

(Obergericht Zürich, App.-K. 13. November 1886. Spörri ca. Ullmer.)

Ein Bauer in Hombrechtikon verkaufte Ende September 1885 einem Wirth in Zürich den Ertrag aus seinen Reben und zwar als Sauser zu liefern, franco Station Schirmensee. Am 8. Oktober 1885 erfolgte die Versendung von 2 Faß Sauser ab Schirmensee und zwar wie der Frachtbrief sagt: „auf Rechnung und Gefahr des Empfängers.“ In Zürich wurden alle Frachtstücke von dem betreffenden Dampfschiff in ein sogenanntes „Ledischiff“ überladen, um vermittelst desselben ins Kaufhaus verbracht zu werden. Kurz nachdem die beiden Faß Sauser überladen waren, und währenddem sich die Matrosen mit dem Ueberladen anderer Collis beschäftigten, zersprang eines derselben und es ging der ganze Inhalt, 630 Liter, zu Grunde. Nun wollte der Käufer den Kaufpreis nicht zahlen, er behauptete, das Faß, welches der Verkäufer zum Transport verwendet hat und das demselben nachher wieder hätte zurückgestellt werden sollen, sei defect und die Oeffnung im Spund zu klein gewesen, auf diese beiden Factoren aber das Zerspringen zurückzuführen, woraus sich ergebe, daß der Verkäufer das zu Grundegehen des Kaufsobjectes verschuldet habe und deßhalb auch den Kaufpreis nicht verlangen könne. Das Vorhandensein einer zu kleinen Oeffnung im Spund ließ sich nicht nachweisen, im Gegentheil behauptete der Experte, dieselbe sei groß genug gewesen, wohl aber wurde konstatirt, daß der zerbrochene Faßboden nicht die für den Transport von Sauser erforderliche Stärke besaß, denn es zeigten sich in den Mittelstücken desselben alte Brüche und Dübellöcher, die jedoch äußerlich nicht wahrnehmbar waren. Der Gerichtsexperte erkärte, nur der Küfer, welcher das Faß gemacht, habe jene Beschaffenheit des Bodens kennen können. Der Eigenthümer hätte keine Veranlaßung gehabt, daran zu denken, daß das Innere des Bodens so aussehe, unter diesen Umständen aber sei es begreiflich, daß derselbe keinen Anstand genommen habe, das Faß für den Transport zu verwenden, er, der Experte, würde das offenbar auch selbst gethan haben und zwar um so mehr als die Transportstrecke eine kurze sei.

Entgegen dem erstinstanzlichen Urtheil, welches die vom Verkäufer gegen den Käufer angehobene Kaufpreisklage abwies, erkannte die Appellationskammer des Obergerichtes auf Gutheißung derselben und verurtheilte deßhalb den Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises. Der Begründung dieses Urtheils entnehmen wir folgende Sätze:

1. Der Beklagte hat in der Hauptverhandlung ausdrücklich anerkannt, daß die Gefahr mit der Verladung des Weines auf das Schiff auf ihn übergegangen sei und daß er daher den Kaufpreis zu bezahlen habe, insofern der

Untergang des Kaufobjektes nicht durch ein Verschulden des Klägers herbeigeführt worden sei. Bei Beurtheilung der letztern Frage kann natürlich der Art. 452 des O.-R., auf den die erste Instanz abgestellt hat, nicht herbeigezogen und an Hand desselben einfach dahin argumentirt werden, daß der Kläger für äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung einzustehen habe, denn diese Bestimmung steht unter dem Titel „Frachtvertrag“ und ist somit für das zwischen der Transportanstalt und dem Versender bezw. Empfänger bestehende Rechtsverhältniß maßgebend, hat aber keinen Einfluß auf den Inhalt und die Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Käufer und Verkäufer des Transportgutes.

2. Die Verpflichtung des Verkäufers, den Wein in einem gehörigen Gebinde zu senden, ist ähnlich zu beurtheilen wie diejenige des Verleihers einer Sache (der Kläger hatte dem Beklagten das Faß auch wirklich nur geliehen, damit dieser den Wein, den er ja in Schirmensee zu empfangen hatte, nach Zürich verbringen könne. Die Redaction.). Wie beim Gebrauchsleihevertrag, welcher vorzüglich im Interesse des Entlehners abgeschlossen wird, dem Verleiher, so wird hier dem Verkäufer, der dem Käufer das Faß für den Transport überläßt, keine weitergehende Haftung als für Arglist und grobe Fahrläßigkeit zuzumuthen sein. Nun fällt aber die Arglist von vornherein außer Betracht und es ist auch eine Fahrläßigkeit des Klägers nicht nachgewiesen, jedenfalls keine grobe, weil ihm die schlechte Beschaffenheit des Faßbodens nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein konnte, unter dieser Voraussetzung aber ein Grund zur Annahme, daß das Faß zum Transport untauglich sei für denselben nicht bestund, weßhalb denn auch der Experte zu dem Schluße gelangt, daß er das Faß zu dem kurzen Transport ebenfalls verwendet hätte.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Februar 1887. VI. Band. № 3.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 26. November 1886
in Sachen
der Filiale der *Niedersächsischen Bank* in *Bremen*, Klägerin,
gegen
die Firma *J. H. Boller* in *Uster*, Beklagte,
betr. Anweisung (Art. 406 u. folgd. des O.-R.).

Streitfrage:

Ist die beklagte Firma schuldig, der Klägerin zu bezahlen:

1. Fr. 897. 50 Rp. nebst Zins à 6 % seit 7. Juli 1885 und

2. die der Klägerin im summarischen Verfahren aufgelegten Kosten u. Entschädigungen.

Thatsächliches:

A. Johannes Rohland in Bremen kaufte im November 1884 in England 500 Ballen amerikanische Baumwolle, zum Wiederverkauf. Da ihm der Werth von ca. Fr. 125,000 nicht aus eigenen Mitteln zur Verfügung stand, beschaffte er sich denselben durch Darlehen bei der heutigen Klägerin und verschrieb ihr dafür die Waare zu Faustpfand; diese wurde nach Ankunft beim Speditionshaus J. H. Bachmann in Bremen gelagert.

B. Von dieser Waare verkaufte dann Rohland am 25. oder 26. März 1885 eine Partie von 50 Ballen durch Vermittlung seines Agenten in Zürich, J. Gut, an die heutige Beklagte zum Preise von 59½ d. per ½ Kilo. — Auf Begehren des Gut stellte letztere unterm 26. März folgende, keine Adresse tragende „Engagementserklärung" aus:

„Hiemit erkläre mich einverstanden, den Fakturabetrag über 10/m. Kilos Norfolk fully good middling, die dortiger Herr Johannes Rohland diese Woche direkte an meine Adresse zu verladen hat, mit ca. M. 11 à 12/m. per 3 Monate dato Faktura auf gewohnte Bremer Kond. zu regliren." „J. H. Boller."

C. Gut übersandte diese Erklärung sofort Rohland; nach Empfang derselben, am 28. März telegraphirte dieser an jenen, daß er die 50 Ballen versende und fügte bei: „Richtet prompte Rimessen an Filiale der Niedersächsischen Bank in Bremen." Gleichen Tages machte Rohland der Beklagten brieflich Mittheilung von der Sendung der Waare, mit Wiederholung der Verkaufsbedingungen, schließlich bemerkend: „und hoffe ich, Ihre prompte Kasse zu empfangen." In einer

Nachschrift ist dann beigefügt: „Die Kasse ist gütigst an die Filiale der Niedersächsischen Bank in Bremen zu richten.“ — Am 30. März ertheilte sodann J. Rohland der Beklagten Faktur im Nettobetrage von Mark 12,355. 10 Pf., Valuta 28. Juni a. c., gegen Kassa mit 5 % Discont p. a. „zu decken bei der Filiale der Niedersächsischen Bank, Bremen.“ In seinem Begleitschreiben zur Faktur nahm Rohland hierauf Bezug mit den Worten: „deren Betrag von Mk. 12,355. 10 Pf. per 28. Juni d. J. Sie gütigst abzüglich 5 % per Jahr Discont bei der hiesigen Filiale der Niedersächsichen Bank zu decken belieben.“

D. Unterm 2. April 1885 übersandte Beklagte an die Klägerin eine Rimesse von M. 692. 70 Pf. auf Konstanz per 28. April und eine solche von M. 4000 auf Leipzig per 30. April, bemerkend, daß dies „aus Auftrag des Herrn J. Rohland“ geschehe, und weiterhin avisirte sie eine abgehende zu Gunsten der Klägerin ausgestellte Anweisung von M. 6800 auf die Dresdener Bank in Berlin mit der Erklärung: „auch diesen Betrag wollen Sie für Rechnung des Herrn J. Rohland verwenden; diese Anschaffungen seien bestimmt „zur annähernden Ausgleichung“ einer Faktur des J. Rohland über 50 Ballen Baumwolle.“

Unterm 4. April schrieb dann Rohland an Gut u. A.: „Avisirte M. 4692. 70 Pf. sind eingegangen; sobald auch von der Berliner Bank Avis der weitern M. 6800 eingelaufen, werde ich Herrn Boller sein Engagementsschreiben (das die Bank noch in Händen hat) retourniren.“

Mit Brief vom 7. April erklärte Rohland der Beklagten, daß er ihr die Anweisung von M. 6800 per 8. d. Mts. und die beiden frühern Appoints per Verfalltag gutgebracht habe, abzüglich 2 Mark für Wechselstempel und daß er der Abrechnung der Beklagten, sowie Restrimesse gewärtig bleibe.

Die Klägerin bescheinigte der Beklagten unterm 7. April den Empfang der drei Valoren vom 2. gl. Mts. mit dem Bemerken, daß sie dieselben „zu Gunsten des J. Rohland verwende.“

E. Unterm 15. April 1885 wurde über Johannes Rohland in Bremen der Konkurs eröffnet; hievon wurde den Interessenten durch Zirkular Anzeige gemacht, ein solches für J. Gut wurde demselben erst am 2. Mai versandt.

F. Nachdem die Beklagte die Waare empfangen, geprüft und richtig befunden, gab sie mit Brief vom 18. April dem J. Rohland darüber folgende Rechnungsaufstellung:

	Mk. Pf.	Mk. Pf.
Fakturabetrag	12,355. 10	
abzüglich, 1½ % Disconto (6 % jährlich)	185. 40	12,169. 70
Ratazahlungen M. 4692. 70 und M. 6800. —		11,492. 70
Restschuld M.		677. —

Diesen Betrag habe er heute dem J. Gut in Zürich, als Vertreter des Rohland, der Einfachheit halber in einem Chek auf Zürich à 124 mit Fr. 839. 50 Rp. gesandt und er ersuche um Gutschrift per Saldorechnung unter umgehender Anzeige. — Die von Rohland mit Brief vom 7. April an den gesandten Effekten gemachten Abzüge für Disconto und Wechselstempel anerkenne er nicht. — Unbestrittenermaßen hatte damals Gut an Rohland eine Provisionenforderung von über 2100 Mk.

G. Jene Abrechnung wurde dem Konkursverwalter Hildebrand zugestellt; dieser schrieb der Beklagten am 20. April, er könne die geschehene Auszahlung eines der Masse zustehenden Guthabens an Gut nicht anerkennen; er habe letzteres an Gebrüder Plate in Bremen zedirt und ersuche um baldige Reglirung an diese. Folgenden Tages stellten auch die Genannten direkte die Zahlungsaufforderung. Nachdem Beklagte sich mit Brief vom 23. April gegenüber Hildebrand gegen nochmalige Zahlung verwahrt hatte, bestätigte letzterer unterm 25. und 28. gl. Mts. seinen bisherigen Standpunkt, indem er bei weiterer Renitenz gerichtliche Schritte in Aussicht stellte.

H. Mit Brief vom 21. Mai machte sodann Klägerin die Beklagte darauf aufmerksam, daß sie noch den Restbetrag der Rohlandschen Faktur von ihr zu empfangen habe, und ersuchte dieselbe auf Grund ihres Engagementsschreibens vom 26. März um mög-

lichst umgehende Remittirung des betreffenden Restbetrages.

Beklagte bestritt mit Brief vom 23. Mai jede Zahlungspflicht, sie habe sich nur verbindlich gemacht, den „annähernden Betrag" der Faktur an ein Bankinstitut zu remittiren, dies sei geschehen und sie sei berechtigt gewesen, den kleinen Saldo, wie dies hier zu Lande Brauch sei, an den Vertreter des Rohland zu zahlen, vom Konkurse des letztern habe sie damals noch nicht Kenntniß gehabt. — Die Klägerin wiederholte aber ihre Mahnung am 26. Mai.

I. Unterm 29. Mai zeigte Konkursverwalter Hildebrand der Klägerin an, die Cession an Gebr. Plate sei rückgängig gemacht worden, so daß der Forderung der Klägerin an Beklagte auf Grund ihres Engagementsschreibens Nichts mehr im Wege stehe. Gebr. Plate erklärten sich damit unterschriftlich einverstanden. — Die Klägerin machte hievon der Beklagten mit Brief vom 30. Mai Mittheilung und ersuchte neuerdings um Zahlung. Sie erklärte: „Wir wollen mit Ihrer Abrechnung zufrieden sein vom 18. April, wenn Sie Ihrerseits den von Ihnen mit M. 677. — angegebenen Restbetrag Ihrer Fakturaschuld uns rechtzeitig anschaffen." — Die beklagte Firma beharrte aber auf der Bestreitung.

K. Die Klägerin betrieb darauf die Beklagte mit Rechtsbot vom 7. Juli 1885 für M. 725. 25 Pf. oder Fr. 897. 50 Rp. nebst Zins à 6 %. Beklagte legte indeß Rechtsvorschlag ein, worauf die Klägerin um Rechtsöffnung nachsuchte; hiemit wurde sie jedoch vom Bezirksgerichtspräsidium Uster unterm 20. August abgewiesen und ein hiegegen erhobener Rekurs von der Rekurskammer des Obergerichtes durch Beschluß vom 28. Sept. 1885 als unbegründet erklärt. Die Kosten des summarischen Verfahrens wurden in beiden Instanzen der Klägerin aufgelegt und diese verpflichtet, die Beklagte erstinstanzlich mit Fr. 3 und zweitinstanzlich mit Fr. 6 prozessualisch zu entschädigen.

L. Der Vertreter der Klägerin verlangt nun Gutheißung der Klage, gemäß der Streitfrage, unter Kostens- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten. — Seine Rechnungsaufstellung ist folgende:

Soll.	Mk. Pf.	Mk. Pf.
Fakturabetrag		12,355. 10
Haben.		
1) Rimessen per 28./30. April	4692. 70	
ab: Disconto und Stempel	18. 95	4673. 75
2) Anweisung per 8. April		6800. —
3) Disconto 6 % per 28. Juni von Rimessen und Anweisung		156. 10
4) *Saldo zu Gunsten der Klägerin* (oder Fr. 897. 50 Rp.)		725. 25
		12,355. 10

Rechtlich begründet er seinen Anspruch damit, daß dem Beklagten für die ganze Fakturasumme die Anweisung, dieselbe an die Klägerin zu zahlen, gegeben und von dieser angenommen worden sei.

Der Vertreter der Beklagten trägt dagegen auf Verwerfung der Klage an, unter Kostens- und Entschädigungsfolge zu Ungunsten der Gegenpartei. Derselbe bestreitet das Bestehen sowie die Annahme einer Anweisung und wendet eventuell ein, diese sei dadurch wieder aufgehoben worden, daß Beklagte statt, wie das Engagementsschreiben voraussetze, nach Bremerkonditionen reglirt, baar bezahlt habe, weiter eventuell die Anweisung sei getilgt, da sie nur für den „annähernden Fakturabetrag „eingegangen worden sei, und Beklagte nach einem hierorts bestehenden Usus, wofür Beweis anerboten werde, befugt gewesen sei, den verbleibenden, verhältnißmäßig geringen Saldo an den Agenten des Gläubigers zu bezahlen. Die Gegenpartei bestreitet letzteren Usus und produzirt ein Zeugniß einer Zürcher Baumwollfirma, wornach solche Zahlungen nur für kleinere Differenzen, etwa bis zum Betrage der dem Agenten aus dem betr. Geschäft zukommenden Provision als statthaft gelten. Weiterhin behauptete Klägerin, der Inhaber der beklagten Firma, Arnold Hochstraßer-Boller, habe sich von Gut, der Zahlung vorgängig, einen Revers des Inhaltes ausstellen lassen, daß jener ihn schadlos halten werde, falls die Klägerin ihn für den Saldo mit Erfolg belangen sollte; um den Konkursausbruch haben Hochstraßer wie Gut damals schon gewußt. — Bei p...

licher Befragung erklärte Hochstraßer-Boller: Vom Konkursausbruch über Rohland habe er erst durch den Brief des Massaverwalters Hildebrand vom 20. April Kenntniß bekommen. Nachdem dann von diesem und Gebr. Plate der Saldo reklamirt worden sei, habe er gegenüber Gut seine Besorgniß geäußert, daß er vielleicht nochmals zahlen müsse und dieser habe ihm sodann versprochen, ihn nicht in Schaden kommen zu lassen und später habe er ihm dieses Versprechen schriftlich bestätigt.

Entscheidungsgründe:

1. Der Rechtsgrund, den die Klägerin für ihre streitige Forderung in Anspruch nimmt, besteht nach ihrer Ausführung darin, daß die Beklagte die Anweisung, die Rohland ihr gegeben habe, die Forderung an die Klägerin zu bezahlen, angenommen habe; nach Art. 409 des Obl.-R. wäre damit allerdings ohne weiteres die Zahlungspflicht begründet. — Für die Frage, ob jene thatsächlichen Voraussetzungen hier zutreffen, ist vor allem von Bedeutung, daß weder die Anweisung, noch die Annahmeerklärung an irgend eine bestimmte Form gebunden sind; so daß nur erforderlich ist, daß der entsprechende Wille unzweideutig erkannt werden kann.

2. Die Engagementserklärung der Beklagten vom 26. März beweist nun beides, sowohl die Anweisung Rohlands an Letztere, den Fakturabetrag an die Klägerin zu bezahlen, als auch die Annahme dieser Anweisung von Seite der Beklagten gegenüber der Klägerin. Dieselbe enthält die Erklärung des „Einverständnisses", den Fakturabetrag über 10 mille Kilos Baumwolle, mit ca. 11 à 12 mille per 3 Monate, dato Faktur auf gewohnte Bremerkonditionen zu regliren und dieses Einverständniß wurde nicht etwa zu Handen des Rohland, sondern zu Handen einer dritten Person, dieser direkt gegenüber erklärt, was theils daraus hervorgeht, daß die Schuldpflicht gegenüber dem Verkäufer der Baumwolle bereits durch den Kaufvertrag festgestellt war, einer weitern Feststellung also nicht bedurfte und dazu jedenfalls nicht der Ausdruck „Einverständniß" gebraucht worden wäre und sodann aber auch daraus, daß daselbst von Rohland als einer dritten Person („die dortiger Herr Rohland") gesprochen wird, was durchaus unverständlich wäre, wenn es sich um eine Willenserklärung ihm gegenüber gehandelt hätte. Daß die Person desjenigen nicht genannt ist, für den die Erklärung bestimmt war, thut nichts zur Sache und vermag namentlich die Annahme nicht zu erschüttern, daß damit eine selbständige Verpflichtung gegenüber dem spätern Inhaber eingegangen werden wollte. Wenn heute geltend gemacht wird, Hochstraßer habe sich dabei gedacht, Rohland werde einen Ausweis gewünscht haben, daß ihm jene Summe auf genannte Zeit eingehe, so ist das allzu unwahrscheinlich, um weiter widerlegt werden zu müssen. Der Chef des beklagten Hauses ist ein wohl unterrichteter Kaufmann, der schon aus dem Umstande, daß die Erklärung vor Empfang der Waare verlangt wurde, schliessen mußte, dieselbe werde dazu benutzt werden, um Dritten gegenüber zur Deckung für den Werth der Waare präsentirt zu werden und dieß ist ihm unzweifelhaft auch durch den Agenten Gut mündlich mitgetheilt worden. Der Letztere hat die Anweisung Rohlands vermittelt und die Engagementserklärung enthält die Annahme derselben gegenüber dem Dritten, zu dessen Gunsten dieselbe gegeben wurde. Die durch Gut vermittelte mündliche Anweisung fand ihre Bestätigung in den Briefen Rohlands vom 28. und 30. März und in der Faktur vom letztern Tage, in welchen Urkunden dann auch die Klägerin als Assignatarin deutlich genannt wurde. Materiell ist die Anweisung durch das Faustpfandrecht der Klägerin an der Waare, deren Kaufpreis die angewiesene Forderung bildete, nicht bloß erklärt, sondern es erscheint hienach ein anderweitiger Wille des Rohland sogar als fast undenkbar.

3. Nach der erfolgten Bestätigung der Anweisung in den Briefen vom 28. und 30. März und der Faktur vom letztern Tage mit Angabe der Klägerin als Assignatarin konnte Hochstraßer vollends nicht mehr im Unklaren darüber bleiben, daß sein Engagement der Genannten als Assignatarin übergeben worden, sei als Annahmeerklärung der Assignation, und wäre er hiemit nicht einverstanden gewesen, so hätte er dies jedenfalls sofort er-

klären müssen. Gegentheils bekräftigte er aber die Annahme dadurch, daß er den Fakturabetrag wenige Tage nachher größtentheils an die Klägerin bezahlte; wenn er hiebei bemerkte, es geschehe dies „für Rechnung des Herrn J. Rohland“, statt auf die der Assignation, so kann darin nur eine, übrigens sehr leicht entschuldbare Ungenauigkeit gefunden werden, und es vermag diese Ausdrucksweise die durch die Verhältnisse im übrigen begründete Auffassung nicht zu ändern, daß Hochstraßer sich selbst gegenüber der Klägerin durch Annahme der Anweisung verpflichtet hielt. — Eventuell wäre jedenfalls in der Thatsache dieser Theilzahlung in Verbindung mit dem vorangegangenen Engagementsschein die Annahme der Assignation zu erblicken.

4. Demnach ist davon auszugehen, es sei die den Verpflichtungsgrund der Beklagten bildende Annahmeerklärung erfolgt. Nun wird eingewendet, dieselbe sei wieder dahin gefallen, weil die Reglirung, statt wie im Engagementsschein erklärt, nach Bremerkonditionen, durch Baarzahlung stattgefunden habe. Letzteres ist indeß nicht nur, genau genommen, unwahr, indem nicht mit baarem Geld bezahlt, sondern Wechsel und eine Anweisung an Zahlungsstatt gegeben wurden, sondern auch gewiß ganz unerheblich, da das Wesentliche offenbar der Betrag und Verfall der Obligation, die Reglirungsweise dagegen durchaus nebensächlich war. — Die weitere eventuelle Einrede, die Assignation sei getilgt, indem deren Annahme laut Engagement nur erklärt worden sei für den Fakturabetrag von 10 mille Kilos, und nur für 11 à 12 mille Mark, was durch die erfolgten Zahlungen gedeckt sei, (es sind 10,101 Kilo fakturirt) hält ebensowenig Stich; denn unzweifelhaft ist in jener Erklärung die Bezugnahme auf den «*Fakturabetrag*» das in dieser Richtung einzig Erhebliche, dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut in seinem Zusammenhang, und ebenso deutlich aus den Umständen und dem Zweck jener Anweisung. — Die Annahme letzterer gegenüber der Klägerin bildet sodann nach Art. 409 des O.-R. einen selbständigen Verpflichtungsgrund, so daß die beklagtische Berufung auf einen, übrigens offenbar nicht bestehenden, noch weniger rechtlich zu schützenden Usus, wonach Beträge von der Höhe der streitigen regelmäßig an den Agenten des Gläubigers bezahlt würden, als durchaus unerheblich erscheint.

5. Das geforderte Quantitativ der klägerischen Forderung ist dagegen wenigstens in der Korrespondenz bestritten worden, indem Beklagte im Briefe vom 18. April nur einen Saldo von M. 677 statt M. 725. 25 Pf. anerkannte. Die von der Klägerin mit Brief vom 29. Mai abgegebene Erklärung, daß sie sich mit ersterm Betrage begnügen wolle, war an die Bedingung geknüpft, daß ihr dieser Restbetrag „rechtzeitig“ angeschafft werde; letzteres ist nicht geschehen, und damit fällt jene Offerte dahin. Was nun aber die Einwendungen gegen die klägerische Rechnungsaufstellung anbelangt, so sind dieselben unbegründet. Da der 28. Juni als Verfallstermin verabredet war, so durfte Beklagte, welche mit Bankpapieren reglirte, den Disconto bis dahin nur vom Verfalltage des letztern an beanspruchen, und es kann auch der Klägerin nicht zugemuthet werden, für diese Papiere den Wechselstempel zu tragen. Die Forderung ist daher im ganzen Umfange gutzuheißen, nebst Zins vom Tage des Rechtsbotes, als der gerichtlichen Mahnung an.

6. Bei diesem Ausgang des Prozesses sind der Beklagten auch die Kosten des summarischen Verfahrens aufzulegen, da diese durch die unberechtigte Zahlungsweigerung derselben verursacht wurden, und es ist Beklagte zur Rückerstattung der Prozeßentschädigungsbeträge anzuhalten, zu deren Zahlung an dieselbe Klägerin in jenem Verfahren verurtheilt wurde. — Die Kosten des gegenwärtigen Prozesses nebst einer angemessenen Prozeßentschädigung an die obsiegende Gegenpartei sind der gänzlich unterliegenden beklagten Firma aufzulegen.

Schluss:

1. Die Klage ist gutgeheißen und die Beklagte schuldig, der Klägerin 897 Fr. 50 Cts. nebst Zins à 6 % seit 7. Juli 1885 sowie die Kosten des summarischen Verfahrens zu bezahlen und derselben die ihr in letzterm aufgelegten Prozeßentschädigungen von 3 Fr. und 6 Fr. zurückzuvergüten.

2. Die Staatsgebühr ist auf 50 Fr. angesetzt.

3. Die Kosten sind der Beklagten aufgelegt.

4. Dieselbe hat der Klägerin eine Prozeßentschädigung von 70 Fr. zu bezahlen.

5. Mittheilung.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 19. November 1886
in Sachen
des *Joseph Bochsler,* Geschäftsreisender in Seebach, Kläger,
gegen
J. H. Landis & Cie., Fabrik von Reiseartikeln in Oerlikon, Beklagte.

Streit zwischen dem Prinzipal und dem Reisenden über die Höhe der täglichen Spesenvergütung.

Das thatsächliche Verhalten der Contrahenten als Beweis für den Uebergang der Probeanstellung in das Verhältniß der festen Anstellung auf unbestimmte Zeit.

Schadenersatzanspruch aus vorzeitiger Auflösung eines Dienstvertrages.

Streitfragen:

1) Ist die beklagte Firma verpflichtet, dem Kläger seine für dieselbe gehabten Reisespesen folgendermassen zu vergüten:

a. mit 21 Fr. per Tag für die Zeit vom 7. Juni bis und mit 3. Juli 1886 unter Abrechnung von 3 Tagen, ferner vom 8. bis und mit 31. Juli 1886 und vom 1. bis und mit 4. September 1886, d. h. für 52 Tage,

b. mit 24 Fr. per Tag für die Zeit vom 1. bis und mit 31. August 1886, d. h. für 31 Tage?

2) Ist die Beklagte schuldig, den Kläger wegen ungerechtfertigter plötzlicher Entlaßung mit 560 Frcs. nebst Zins à 5 % seit dem Tage der Weisung (20. September 1886) zu entschädigen?

Thatsächliches:

A. Die beklagte Firma betreibt die Fabrikation von Reiseartikeln. Schon seit Anfangs der 70er Jahre stand der Kläger als Sattler bei derselben in Arbeit und ebenso trat er anno 1876, nach längerer Abwesenheit im Ausland, wieder bei derselben ein, etablirte sich aber bald darauf in dem benachbarten Seebach als Sattler und es übertrug ihm Landis dannzumal eine Zeit lang den Detailverkauf seiner Fabrikate. Im Mai 1886 wurde der Reisende des Landis, Namens Kunz, mitten auf der Geschäftstour irrsinnig und mußte deßhalb ersetzt werden. Zu diesem Zwecke fand am 30. Mai eine mündliche Unterredung zwischen den Parteien statt und am *1.* Juni schrieb Landis an den Kläger:

„Bezugnehmend auf unsere vorgestrige Unterredung ersuchen Sie hiemit, diesen Nachmittag nochmals vorbeizukommen, indem geneigt sind, Sie *vorläufig probeweise die angefangene Reise in der deutschen Schweiz* fortfahren zu lassen, zu welchem Zwecke mit Ihnen die Muster durchsehen möchten. Da Sie nach Ihrer Aussage mit einem tüchtigen Arbeiter versehen sind, nehmen wir an, daß bei Annahme unseres Vorschlages Ihrer baldigen Abreise kein Hinderniß im Wege stehe.'

Der Kläger erschien und man vereinbarte, daß er seinem Arbeiter, der die Werkstatt während der Probereise zu führen hatte, bis am 6. Juni die nöthigen Instruktionen gebe und sodann letztere am 7. Juni antrete. Als Dauer der Probereise soll ihm Landis auf Befragen die Zeit von ca. 3 Wochen genannt und es will Kläger deßhalb seinem Arbeiter auch gerade nur für diese Zeit die nöthigen Aufträge ertheilt haben. Die Beklagte behauptet, daß schon damals ein *Tag*lohn von 5 Fr. und eine Reisespesenvergütung von 15 Fr. per Tag verabredet worden sei, was durch ihr Bureaupersonal bewiesen werden könne, während Kläger geltend macht, es sei über diese Punkte gar nicht gesprochen worden.

B. Der Kläger nahm am 7. Juni außer dem Mustergepäck, bestehend in 3 Koffern von 147 oder 176 Kilo und einem Musteralbum, den Preiscourant und das Kundenbüchlein mit, in dem letztern waren außer den Kunden Gasthöfe an den verschiedenen

Plätzen angegeben und es behauptet Kläger, daß ihm befohlen worden sei, gerade diese Gasthöfe, alles solche I. und II. Ranges, zu besuchen, währenddem die Beklagte dieß bestreitet und geltend macht, es habe die Liste der Gasthöfe nur die Bedeutung einer Empfehlung gehabt, welche damit begründet worden sei, daß die frühern Reisenden jene Hotels frequentirt haben. Als Reiseroute wurde dem Kläger bezeichnet: Rapperswyl-Utznach-Toggenburg-St. Gallen-Herisau-Rorschach-Rheinthal-Chur-Ragatz-Wallenstadt-Glarus, als Reisevorschuß erhielt er 150 Fr. und im übrigen bezüglich der bei Kunden ausstehenden Beträge Incassovollmacht; Frau Landis soll ihm ferner bemerkt haben, man werde dann nachher schon ausrechnen, diese Aeußerung ist indessen bestritten.

In Glarus erhielt Kläger einen vom 29. Juni datirten Brief, des Inhalts: „Sie hätten nun außer Glarus nur noch Einsiedeln zu besuchen, von wo aus Sie dann hieher zurückkehren wollen, um einige neue Muster in Empfang zu nehmen und dann die *Haupttour* anzutreten. Wir werden Sie vorläufig in Baden, Brugg, Rheinfelden, Basel, Aarau, Olten, Burgdorf, Bern avisiren.

C. Samstags den 3. Juli kam Kläger direkt von Glarus nach Oerlikon zurück und nach der Behauptung der Beklagten soll dann Montags den 5. Juli eine Abrechnung zwischen ihnen stattgefunden haben. Dem Kläger seien belastet worden: 150 Fr. Reisevorschuß vom 7. Juni, 100 Fr. späterer Vorschuß und 665 Fr. 90 Cts. Incassi, zusammen 915 Fr. 90; dagegen gutgeschrieben: Spesenvergütung vom 7. Juni bis 3. Juli, abzüglich 3 Tage (Pfingsten) = 24 Tage à *15 Fr.* = 360 Fr. und 24 Tage Salair à *5 Fr.* = 120 Fr., nebst 8 Fr. 40 besondere Auslagen, zusammen 488 Fr. 40, sodaß zu Gunsten Landis ein Saldo von 427 Fr. 50 verblieben sei. Daran habe Kläger sofort 400 Fr. bezahlt und sich mit der Belastung der übrigen 27 Fr. 50 einverstanden erklärt, da er kein Geld mehr habe. Der Letztere gibt die Zahlung der 400 Fr. zu, aber nur als *approximative* Rückzahlung für den Mehrbetrag seiner Incassi und bestreitet jede Abrechnung.

Am genannten 5. Juli ging Kläger mit 40 Kilo Mustern und 10 Fr. Reisevorschuß nach Einsiedeln und kehrte folgenden Tages zurück, auch jetzt soll, wie Landis behauptet, wieder abgerechnet worden sein; auf besondern Wunsch des Klägers habe man ihm für *1½* Tage *25* Fr. Spesen und *2* Taglöhne mit 10 Fr. gutgeschrieben, demselben 15 Fr. ausbezahlt und den Passivsaldo von 17 Fr. 50 weiter creditirt. Auch diese Abrechnung setzt Bochsler in Widerspruch, ohne indeß die genannten Zahlen zu bestreiten.

D. Am 8. Juli trat Kläger mit 2 Koffern von zusammen 176—185 Kilo Gewicht, einem Reisevorschuß von 100 Fr. und einer Liste für den zu besorgenden Incasso die Haupttour in die deutsche Schweiz an und zwar in der Meinung, nach deren Abschluß in Biel sofort die 3te Tour in die französische Schweiz anzutreten, er behauptet, daß unmittelbar vorher ein *Monats*salair von 150 Fr. ausgemacht, über die Größe der Reisespesen dagegen wieder nichts festgesetzt worden sei; auch habe er sein Geschäft dem Arbeiter verkauft; von diesem Verkauf will Landis nie etwas vernommen haben und die behauptete Vereinbarung bestreitet er.

Von Burgdorf aus schrieb Kläger unterm 30. Juli auf einer Kommissionsnote: „Da der Monat aus ist, ersuche Sie gefälligst um Auskunft wegen der Ausrechnung“ und mit Begleitbrief vom 3. August erhielt er die letztere; sie umfaßt indeß nicht bloß die Zeit vom 8. bis 30. Juli; sondern die ganze Anstellungsdauer vom 7. Juni an; an Reisespesen sind per Tag 15 Fr. und an Salair per Tag 5 Fr. gutgeschrieben. Das Resultat bildet einen Saldo zu Gunsten Landis von 348 Fr. 15 Cts. Kläger antwortete nichts, am 13. August sandte er von Yverdon aus für Incasso 800 Fr.

E. Samstags den 4. September kehrte Kläger zurück und *sofort* ließ Frau Landis in Abwesenheit ihres Mannes die Musterkoffern und das Album *direkt* auf der Station abholen und verlangte dem Kläger Preiscourant und Kundenbüchlein ab. Am *8.* September erschien Kläger zur Ausrechnung auf dem Bureau und verlangte dabei 21 Fr. Tagesspesen für die deutsche und 24 Fr. für die französische Schweiz. Landis soll ihm nur

15 Fr. bezw. 18 Fr. anerboten und als er darauf nicht eingegangen sei, bemerkt haben: „Dann sind Sie entlassen.“ Der Letztere bestreitet dieß und macht geltend, er habe nichts von 18 Fr. gesprochen, sondern einfach an den vereinbarten 15 Fr. festgehalten, worauf sich Kläger mit der Bemerkung: „Unter diesen Conditionen kann ich nicht mehr reisen“, einfach entfernt habe, um nicht wieder zu erscheinen; seine erste Antwort sei die Vorladung vor Friedensrichteramt „zur Ausgleichung über Lohnverhältnisse“ gewesen.

F. Vor Friedensrichteramt gab Landis laut der Weisung die Erklärung ab, daß er für die Reisen der deutschen Schweiz eine Spesenvergütung von 15 Fr. per Tag und für diejenigen in der welschen eine solche von 18 Fr. zu zahlen bereit sei. Jetzt behauptet er freilich, es sei dieß nur ein Vergleichsanerbieten gewesen.

G. Schon am 1. Juli hatte die Beklagte den Leon Addor in Basel mit Antritt auf den 20. September als Reisenden engagirt und dieß dem Kläger verheimlicht. Das Zusageschreiben des Addor datirt vom 13. August und nimmt Bezug auf ein Schreiben der Beklagten vom 12. August. Die letztere begründet dieses Verhalten damit, daß über den Kläger ungünstige Berichte eingegangen seien; von St. Gallen sei ihr geschrieben worden, daß derselbe am hellen Tage mit Freunden auf einem Break in der Stadt herumgefahren sei; ferner legt sie einen vom 11. August datirten Brief ihres Kunden, Sattler Caspar Studhalter in Luzern vor, worin derselbe sich über das jüngste Auftreten des Bochsler beschwert und unter Anderm sagt, er könne sich nicht gefallen lassen, „daß dieser saubere Herr ihm mit den niederträchtigsten Auslassungen Ehre und guten Namen zu rauben suche.“ Derselbe habe ihn bei Geschäftsfreunden „Schwindler, Großhans, Säufer etc.“ gescholten und sich über seine Vermögensverhältnisse in „kleinlicher und lügenhafter Weise“ ausgesprochen. Der Kläger nennt diesen Brief und den Bericht über sein Verhalten in St. Gallen Verleumdungen, die Beklagte anerbietet indeß Beweis für die Wahrheit, gibt aber anderseits zu, den Kläger hierüber nie zur Rede gestellt zu haben. Weiterhin erhebt sie den Vorwurf, Kläger habe sich auf seinen Geschäftstouren keine sonderliche Mühe gegeben und seine Obliegenheiten auch dadurch vernachläßigt, daß er am Schlusse der letzten Tour versäumt habe, auf der Rückreise noch einige auf der Route gelegene Ortschaften zu besuchen und zu Hause schließlich noch den Platz Zürich zu bearbeiten. Kläger bestreitet diese Verpflichtungen und behauptet, bedeutenden Geschäftserfolg erzielt zu haben, indem er im Ganzen ca. 140 Bestellungen im Werthe von über 20,000 Fr. erhältlich gemacht habe. Am 3. November 1886 schrieb Addor der Beklagten: Bochsler müsse an manchen Orten nur durchgereist sein, denn bereits alle Kunden beklagen sich, von ihm nicht besucht worden zu sein, was der Beklagten, da dieselben anderswo bestellt haben, viel schade.

H. Mit der I. Streitfrage verlangt der Kläger Zusprechung von 21 Fr. Reisespesen per Tag für die deutsche und 24 Fr. für die französische Schweiz, weil seine effectiven Auslagen diese Beträge erreichen, durchaus angemessen seien und eine Vereinbarung über die Höhe der Vergütung nicht getroffen worden sei. Die Beklagte hält an dem Ansatz von 15 Fr. fest, weil derselbe vertraglich festgesetzt und auch angemessen sei.

I. Das zweite Rechtsbegehren geht auf Zahlung von 560 Fr. nebst Zins als Salair bis 31. Dezember 1886, nämlich 450 Fr. für die Monate Oktober, November und Dezember à 150 Fr. und 110 Fr. für den Monat Sepember, für welchen die weitern 40 Fr. anerkannt seien. Als Titel für diesen Anspruch macht Kläger geltend, daß er im Monatssalair auf unbestimmte Zeit fest angestellt gewesen und dann am 8. September ohne Grund plötzlich entlassen worden, währenddem nach Art. 343 l. 2 des O.-R. eine Auflösung des Dienstvertrages erst auf Ende Dezember möglich gewesen sei. Die feste Anstellung auf unbestimmte Zeit sei dadurch zu Stande gekommen, daß Beklagte nach Ablauf der Probezeit, welche gemäß dem Brief vom 1. Juni nur auf die Reise in die Ostschweiz, allerhöchstens noch für die weitere Tour in die deutsche Schweiz habe verstanden werden können, — den Kläger noch

beschäftigt habe. Die Beklagte bleibt dabei, daß nicht ein Monatssalair, sondern ein Taglohn verabredet worden sei, setzt in Widerspruch, daß die Probeanstellung zu einer definitiven geworden und sie den Kläger am 8. September entlassen habe, derselbe sei ohne Entlassung fortgelaufen und weggeblieben, eventuell hätte sie allen Grund zur sofortigen Entlassung gehabt, sodaß der Dienstvertrag am 8. September mit Gültigkeit aufgehoben worden wäre (Art. 346 des O.-R.).

Entscheidungsgründe:

1. Mit Bezug auf den ersten Streitpunkt, welcher den Betrag der vom Kläger zu beanspruchenden Reiseentschädigung betrifft, ist zunächst zu prüfen, ob, wie Beklagte behauptet, unter den Parteien eine Vereinbarung auf eine Spesenvergütung von Fr. 15 per Reisetag getroffen worden sei, da nur bei Verneinung dieser Frage darauf eingetreten werden kann, welcher Ansatz den Verhältnissen angemessen sei.

2. Für die beklagtische Darstellung, wonach jene Verabredung auf Fr. 15 am 1. Juni auf dem Büreau stattgefunden haben soll, spricht nun von vornherein eine gewisse Wahrscheinlichkeit. Die Auslagen eines Geschäftsreisenden sind der Natur der Sache nach mehr oder weniger relativ und davon abhängig, auf welchem Fuße der Reisende auftreten, ob er viel oder wenig sparen solle. Bei einem so schwankenden Verhältnisse, dem überdies eine ziemliche ökonomische Bedeutung zukommt, verlangen es die Interessen der Parteien und erscheint es daher natürlich und in gewissem Umfange nothwendig, daß dasselbe bei Beginn der Reisethätigkeit festgestellt wird, und daß dies geschehen sei, wird wenigstens dann als wahrscheinlich betrachtet werden dürfen, wenn der Prinzipal nicht etwa, wie bei Unvertrautheit mit der Sache im allgemeinen, oder aus speziellen Gründen, z. B. bei einem neuen, außerordentlichen Geschäftsrayon, zur Beurtheilung der Spesen nicht im Stande ist; dies trifft hier aber offenbar nicht zu.

3. Weiter liegt ein indirekter Beweis für die von der Beklagten behauptete Einigung im nachstehenden Verhalten der Parteien. Entgegen der Bestreitung des Klägers darf es als wahrscheinlich gelten, daß am 5. und 7. Juli eine förmliche Aus- und Abrechnung stattgefunden habe. Eine solche mit Beförderung vorzunehmen, ist bei einem vorläufig probeweisen Verhältnisse im allgemeinen, und da wo erhebliche Auslagen und Einnahmen vorkommen besonders ganz natürlich und fast nothwendig; noch um so wahrscheinlicher ist deren Vornahme aber dann, wenn der Reisende seinerseits Zahlungen gemacht und dann wieder Vorschüsse empfangen hat. Ganz entschieden spricht die Thatsache, daß der Kläger am 5. Juli eine Zahlung von Fr. 400 erstattete, und sich gleichzeitig für die anzutretende Tour nach Einsiedeln wieder einen Vorschuß und zwar in so unbedeutendem Betrage (Fr. 10) geben ließ, für eine vollständige Ausrechnung an jenem Tage mit Annahme von Fr. 15 Spesenvergütung; denn schon bei einem Ansatze von Fr. 17 täglich wäre der Kläger damals nur Fr. 379. 50 Rp. schuldig geblieben und bei dem von ihm für angemessen gehaltenen sogar nur Fr. 283. 50 Rp. und es bliebe daher sowohl jene Zahlung, als auch der Vorschuß vom Standpunkte des Klägers aus unerklärbar. Für eine zweite Abrechnung am 7. Juli spricht der Betrag der an diesem Tage dem Kläger verabfolgten Zahlung (15 Fr.), welche mit dem Vorschuß vom 5. Juli (10 Fr.) genau die Spesen deckt, die nach Angabe der Beklagten, welche nicht speziell bestritten wurde, für die Einsiedler-Tour festgesetzt wurden (Fr. 25). Die Wahrscheinlichkeit dieser Abrechnungen wird fernerhin bestätigt durch die Ausdrucksweise, in welcher der Kläger unterm 30. Juli „Auskunft wegen der Abrechnung" verlangte, indem er zur Begründung anführte: „Da der Monat aus ist," was unzweideutig zeigt, daß er selbst nur an Abrechnung für den Monat Juli dachte, und die in der Hauptsache in den Juni fallende Tour in die Ostschweiz für bereinigt hielt. — Die Rechnung, die er bald darauf empfing, umfaßte allerdings die ganze Zeit von Anfang der Anstellung an und enthält die Abschlüsse auf 5. und 7. Juli nicht, welche sie gemäß der Darstellung des Beklagten bei kaufmännisch richtiger Ausfertigung aufweisen sollte, allein dies läßt sich auch erklären als

bloßer Mangel in der Form, und diese Erklärung ist durch die Art der von der beklagten Firma zu den Akten gegebenen übrigen Skripturen in einem gewissen Grade unterstützt; endlich aber bleibt hier von Bedeutung, daß die Abrechnungen vom 5. und 7. Juli offenbar von der Ehefrau Landis vorgenommen wurden, welche den äußerlichen Abschluß der Rechnung nicht für nöthig halten mochte.

Ein weiterer Anhaltspunkt dafür, daß der Kläger den Spesenansatz von Fr. 15 als für ihn verbindlich betrachtete, liegt dann noch darin, daß er die Rechnung vom 3. August behielt, ohne dagegen irgendwelche Reklamationen zu erheben, vielmehr kurz nachher vorbehaltlos eine neue Zahlung von Fr. 800 machte. Er mußte wissen, daß die beklagte Firma die Rechnung unter diesen Umständen als genehmigt betrachten werde, und wenn er sich dem gegenüber auf seinen Mangel an Bildung beruft, so läge wohl mehr, nämlich zugleich ein Mangel an der nothwendigsten Ordentlichkeit zu seinen Lasten; aber es muß eben jenes Indizium in Verbindung mit den übrigen beurtheilt werden; dasselbe vervollständigt den indirekten Beweis, daß die von der Beklagten behauptete Verabredung über eine Spesenvergütung von Fr. 15 stattgefunden habe, und es ist jener so genügend erbracht, daß die Abnahme des hiefür anerbotenen direkten Beweises als überflüssig erscheint.

4. Durch den Inhalt der friedensrichterlichen Weisung, welche öffentlichen Glauben hat, ist aber festgestellt, daß die beklagte Firma bei der Sühnverhandlung das erste Rechtsbegehren der Weisung, welches nach dem Gesagten ganz zu verneinen wäre, insofern anerkannt hat, als für die Tour in die französische Schweiz eine tägliche Spesenvergütung von Frkn. 18 zugestanden wurde. Daß es sich dabei nicht, wie Beklagte nun behauptet, um ein bloßes Vergleichsanerbieten gehandelt habe, geht, abgesehen vom Tenor der Weisung, daraus hervor, daß die Protokollirung solcher den Friedensrichtern nicht gestattet ist. (Verordnung vom 19. Christmonat 1874 zum Gesetze betr. die Rechtspflege, § 14.) Im Umfange jener Anerkennung ist daher der erste klägerische Anspruch zu schützen, im übrigen aber abzuweisen.

5. Das zweite Rechtsbegehren hat zunächst zur Voraussetzung, daß bei der thatsächlichen Aufhebung des Dienstverhältnisses, am 8. September, ein Anstellungsvertrag auf unbestimmte Zeit zwischen den Parteien bestanden habe. Beklagte bestreitet dieß, indem sie das damals noch vorhandene Verhältniß als eine probeweise Anstellung bezw. eine solche von Tag zu Tag darstellt. Für letztere Auffassung würde aber offenbar der allerdings in einem gewissen Maße wahrscheinlich gemachte Umstand nicht ausreichen, daß die Arbeitsvergütung des Klägers in der Form eines Taglohnes von Fr. 5 vereinbart gewesen sei; denn die Art der Berechnung des Lohnes ist zunächst etwas Aeußerliches und jedenfalls vermöchte diese Normirung speziell bei der Anstellung eines Geschäftsreisenden nicht eine solche von Tag zu Tag wahrscheinlich zu machen, da ein derartiges Verhältniß eben an sich, wenn auch nicht ganz unmöglich, so doch äußerst unwahrscheinlich wäre.

Für die Behauptung des Klägers, daß er vor Antritt der Haupttour in die deutsche Schweiz mit der Beklagten ein Monatssalär vereinbart habe, liegt kein Beweis vor. Als Grundlage zur Beurtheilung des Verhältnisses verbleiben daher nur die Briefe der Beklagten vom 7. und 29. Juni und das spätere Benehmen der Parteien. Aus ersterm Briefe in Verbindung mit der später vom Kläger vorgenommenen Geschäftstour in die Ostschweiz ist ersichtlich, daß der Kläger damals nur angestellt wurde, um „vorläufig probeweise“ mit „der angefangenen Reise in die deutsche Schweiz fortzufahren,“ und zwar mit der von Kunz begonnenen. Hierunter kann wohl nur die Reise in die Ostschweiz verstanden werden; denn im Unterschied hiezu nannte die Beklagte die weitere Reise in den westlichen Theil der deutschen Schweiz im Briefe vom 29. Juni die „Haupttour“, welche nach Beendigung der angefangenen ersten und nach Rückreise nach Oerlikon „anzutreten“ sei. Jener erste Auftrag war demnach am 5. oder spätestens am 7. Juli erledigt, und von da an mangelte es an

einem ausdrücklich erklärten Anstellungsvertrag.

6. Die Frage ist nun, ob das seitherige Benehmen der Parteien den übereinstimmenden Willen derselben zu einem Dienstvertrag erkennen lasse. Das thatsächliche Verhältniß gestaltete sich vom 5. bezw. 7. Juli unbestrittenermaßen dahin, daß der Kläger bis 8. September im Auftrage der Beklagten ununterbrochen als Geschäftsreisender thätig war, Bestellungen und Incassi aufnahm und ablieferte, dagegen Zahlungen als Vergütung für Spesen und Salär empfing. Dieses Benehmen ist offenbar ganz das gleiche, wie wenn ein Anstellungsvertrag ausdrücklich abgeschlossen worden wäre, und es darf daher in demselben der Ausdruck des Willens zu einem solchen erblickt werden. Es frägt sich nur, ob das Stillschweigen der Parteien eine Fortsetzung der probeweisen Anstellung oder die feste Anstellung auf unbestimmte Zeit zu erkennen gebe. Letzteres ist nun das Wahrscheinlichere. Hiefür spricht zunächst, daß die Tour, welche als Probestück genannt wurde, damals vorbei war, das Weitere demnach kaum stillschweigend hiefür gelten dürfte, sodann, daß das Motiv einer bloß probeweisen Anstellung, die frühere Unkenntniß der Leistungen des Klägers, verschwunden war, und sich, wie aus dem Brief vom 29. Juni zu schliessen ist, in Vertrauen verwandelt hatte. Auch die persönlichen Verhältnisse des Klägers machen wahrscheinlich, daß er die neue Anstellung als fest betrachtete, so namentlich der Verkauf seines eigenen Geschäftes, und der Umstand, daß Beklagte hievon jedenfalls Kenntniß hatte, bestätigt eine gleiche Auffassung ihrerseits. Abgesehen aber von diesen besondern Verhältnissen des vorliegenden Falles, geht es gewiß nicht zu weit, den Satz auszusprechen, daß ein Prinzipal, der nach Ablauf einer bestimmt genannten Probezeit das Anstellungsverhältniß während längerer Zeit stillschweigend fortsetzt, dasselbe damit zu einem festen macht; denn diese Betrachtung ist für beide Parteien die natürliche und daher auch für das Gericht maßgebend; es wird die Einwendung des Prinzipals, daß es Sache des Angestellten gewesen wäre, das Verhältniß durch ausdrücklichen Vertragsschluß zu einem festen zu gestalten, durch seine thatsächliche weitere Inanspruchnahme der Dienste widerlegt.

7. Nach der in Art. 343 l. 2 des Obl.-R. enthaltenen Gesetzesregel ist bei einem auf unbestimmte Zeit eingegangenen Dienstvertrage zur einseitigen Auflösung sechswöchentliche Kündigung erforderlich, und kann solche nur auf Ende eines Kalendervierteljahres erfolgen. Dieselbe wäre somit Mitte August auf Ende September zulässig gewesen, und da dieser Termin versäumt wurde, so hatte der Vertrag gemäß citirter Gesetzesstelle jedenfalls bis 31. Dezember 1886 seinen Fortgang. Kläger kann indes aus der Auflösung nur Rechte ableiten, wenn dieselbe einseitig durch die Beklagte geschah, und solche nicht etwa „aus wichtigen Gründen" im Sinne von Art. 346 des O.-R. gerechtfertigt war. Ersteres ist vom Kläger, letzteres Seitens der Beklagten behauptet.

8. Ohne Bedenken darf indes der Beweis dafür als erbracht angesehen werden, daß nicht etwa der Kläger, weil seine Ansprüche betr. Spesenvergütung nicht gehört wurden, sich aus dem Geschäfte entfernte und davon dann ausblieb, sondern daß umgekehrt Landis jenen Anlaß dazu benutzte, den Kläger plötzlich fortzuschicken und zu entlassen. Dies erhellt deutlich daraus, daß Landis inzwischen insgeheim einen neuen Reisenden, Addor, auf den 20. Sept. fest angestellt hatte, der offenbar an die Stelle des Klägers treten sollte, und wird fernerhin dokumentirt durch die unmißverständliche Art und Weise, wie dem Kläger sofort bei seiner Heimkehr Muster, Preiscourant und Kundenbüchlein abverlangt wurden, endlich ist die beklagtische Darstellung überhaupt unwahrscheinlich, da Kläger damals im übrigen keinen eigenen Erwerb hatte, eine neue Reise aber nicht sofort anzutreten war, über die Sache also noch geredet werden konnte.

9. Anderseits ist nicht hergestellt, daß der Beklagten triftige Gründe zur plötzlichen Entlassung zur Seite standen. Die Beschuldigung des Addor, als habe Kläger seine Pflichten überhaupt nur nachlässig erfüllt, ist schon wegen ihrer Allgemeinheit verdächtig, sodann

weil sie aus der Zeit nach der Prozeßeinleitung stammt. Die Behauptungen über ein Benehmen des Klägers in St. Gallen sind durch keine speziellen Beweisanerbieten unterstützt, und vermöchten auch bei Wahrheit derselben für sich allein nicht die plötzliche Entlassung zu begründen. Ernster Natur sind dagegen allerdings die Vorwürfe, die von Studhalter in Luzern unterm 11. August bei der Beklagten erhoben wurden, dieselben könnten jedenfalls an sich nicht als unerheblich für das beklagtische Beweisthema betrachtet werden. Allein von großer Bedeutung ist hier das Datum jenes Briefes; bringt man nämlich damit das Zusage-Schreiben des Addor an die Beklagte vom 13. August in Zusammenhang, so ist, namentlich auch im Hinblick auf die dort enthaltene Bezugnahme auf frühere Unterhandlungen alle Wahrscheinkeit dafür erbracht, daß bei der Beklagten die Entlaßung des Klägers schon damals beschlossene Sache war und dies zeigt, daß sie sich nicht auf jene Vorwürfe, sondern anderweitige Interessen der Beklagten stützte. Die Beklagte legte vielmehr dadurch, daß sie den Kläger wegen jener Beschuldigungen nicht einmal zur Rede stellte, an den Tag, daß sie entweder die Sache für unbedeutend hielt, etwa den Studhalter als ungebildeten Polterer kannte oder überhaupt verzichten wollte, daraus Reklamationen herzuleiten. Unter diesen Umständen würden die von Studhalter einberichteten Vorgänge aber zur plötzlichen Entlaßung ebenfalls nicht genügt haben.

9. Der Beklagten fällt demnach eine vorzeitige ungerechtfertigte Auflösung des Dienstverhältnisses zur Last. Deren ökonomische Folgen sind nach Art. 346 des O.-R. vom Gericht nach freiem Ermessen zu bestimmen. Der Dienstvertrag würde für die Dauer seines Bestehens dem Kläger eine Entschädigung von 5 Fr. per Tag oder dann Fr. 150 per Monat eingebracht haben, und da derselbe nicht vor 31. Dezember aufgehoben werden konnte, so hätte derselbe eine Lohnforderung von mindestens der eingeklagten Summe von Fr. 560 zu beanspruchen gehabt; nach richterlichem Ermessen und in Uebereinstimmung mit einer Reihe bisheriger Entscheidungen in ähnlichen Fällen erscheint es daher am Platze, dem Kläger als Entschädigung die genannte, von ihm mit der zweiten Streitfrage der Weisung eingeklagte Summe zuzusprechen.

10. Das Verhältniß, in dem die Parteien gegenseitig obgesiegt haben bezw. unterlegen sind, rechtfertigt es, ihnen die Gerichtskosten zu gleichen Theilen aufzulegen.

Schluss:

1. Die beklagte Firma ist schuldig, dem Kläger als Reisespesenvergütung für die Zeit vom 7. Juni bis 3. Juli, abzüglich 3 Tage, ferner vom 8.—31. Juli und 1.—4. September 1886, d. h. für 52 Tage 15 Fr. per Tag und für die Zeit vom 1.—31. August 1886, d. h. für 31 Tage 18 Fr. per Tag zu vergüten und demselben weiterhin als Salair 560 Fr. nebst Zins à 5 % seit 20. September 1886 zu bezahlen; im Uebrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr wird auf 80 Franken angesetzt.
3. Die Kosten sind den Parteien zu gleichen Theilen aufgelegt.
4. Mittheilung.

Eheliches Güterrecht.

Der ehemännliche Nießbrauch erstreckt sich auch auf die *als Zubehörde* eines landwirthschaftlichen Gutes (§ 476 des P.-R. G.-B.) erscheinenden Früchte und fallen somit letztere trotz ihrer Zubehördenqualität mit der Trennung von der Hauptsache ins Eigenthum des Ehemannes. (Obergericht Zürich, App.-K. 27. November 1886. Zwingli ca. Weilenmann.)

Eine Betreibung führte zur Pfändung von 18 Doppelzentner Heu, die sich in der Scheune der Ehefrau des Betriebenen befanden. Letztere trat als Eigenthumsansprecherin auf und siegte vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichtes Winterthur ob. Auf die Kassationsbeschwerde der Pfandansprecherin wurde jedoch dieses Erkenntniß von der Appellationskammer des Obergerichtes vernichtet und die Eigenthumsansprache der Ehefrau abgewiesen.

Gründe:

1. Der angefochtene Entscheid geht davon aus, daß das eingepfändete und vindicirte

Heu, weil auf dem Gute der Ehefrau gewachsen, Zubehörde dieses Gutes sei (§ 476 des P.-R. G.-B.) und als solche nicht in das Eigenthum des Nutznießers übergegangen, sondern vielmehr im Eigenthum der Ansprecherin geblieben sei. Kassationskläger stellt dieser Begründung entgegen, daß der Ehemann ein unbeschränktes Nutznießungsrecht am Vermögen der Frau habe (§§ 138 u. 142 des P.-R. G.-B.) und daß dieses Nutznießungsrecht sich auf alle von der Liegenschaft abgelösten Früchte ohne Ausnahme beziehe. Die gegentheilige Ansicht steht in der That im Widerspruch mit klarem Rechte.

2. Dem im Gesetze (§§ 142 und 636 des P.-R. G.-B.) klar niedergelegten Grundsatz, daß die Früchte der im Eigenthum der Ehefrau stehenden Liegenschaften kraft des dem Ehemann am Vermögen der Frau zustehenden Nutznießungsrechtes schon mit der Trennung vom Grund und Boden ins Eigenthum desselben übergehen, stellt der angefochtene Entscheid den im Gesetz nirgends enthaltenen Rechtssatz gegenüber, daß jenes Nutznießungsrecht des Ehemannes eine Einschränkung erleide hinsichtlich derjenigen Früchte, welche gemäß § 476 des P.-R. G.-B. als Zubehörde eines landwirthschaftlichen Gutes zu betrachten sind. Gemäß § 636 des P.-R. G.-B. kommen nämlich die natürlichen Früchte des Bodens dem Eigenthümer der fruchttragenden Sache zu, es wäre denn, daß einem Dritten ein besonderes Recht auf Gewinnung der Früchte zustünde. Im letztern Falle gehen dieselben mit dem Momente, wo sie zur beweglichen Sache werden, ins Eigenthum desjenigen über, welcher einen das Recht des Eigenthümers ausschließenden Anspruch auf Gewinnung der Früchte hat, wie z. B. der Nießbraucher. — Der § 476 des P.-R. G.-B., aus welchem der Vorderrichter ein Eigenthumsrecht des Grundeigenthümers an dem gewonnenen Heu herleiten will, ist in diesem Zusammenhang gar nicht verwerthbar. Der Begriff der Zubehörde hat nur Bedeutung für den hier nicht vorliegenden Fall einer Veräußerung oder Verpfändung des Grundstückes, indem das Gesetz festsetzt, daß die Zubehörde als bewegliche Sache in der Regel dem Schicksal der unbeweglichen Hauptsache folge. Diese gesetzliche Vermuthung hat aber keinen Einfluß auf die Grundsätze über den Nießbrauch etwa in dem Sinne, daß der Nutznießer zwar auch über die als Zubehörde zu betrachenden Früchte verfügen dürfte, daß dieselben aber, so lange sie noch auf dem Gute vorhanden sind, im Eigenthum des Eigenthümers der belasteten Liegenschaft sich befinden würden.

3. Wenn endlich in der Rekursbeantwortung auf § 143 des P.-R. G.-B. hingewiesen und ausgeführt wird, daß dem Ehemann W. deßwegen keine Nutznießung zustehe, weil ein reines Vermögen nicht vorhanden sei und die Erträgnisse der Liegenschaft kaum zur Verzinsung der darauf haftenden Kapitalschulden ausreichen, so fußt dieß auf der schon wiederholt als unrichtig bezeichneten Ansicht, daß sich das Nutznießungsrecht des Ehemannes auf die *Netto*erträgnisse der Liegenschaften der Frau beschränke (vergleiche Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, Jahrgang 1884 pag. 105 und Jahrgang 1886 pag. 46). Das Verhältniß liegt vielmehr so, daß der Ehemann, der die Früchte zieht, auch alle auf demselben haftenden Kapitalschulden verzinsen muß. Daß W. für den Unterhalt von Frau und Kindern und ihre laufenden Verpflichtungen nicht gehörig sorge, wird nicht behauptet, darauf aber, ob er allein alle Ausgaben der Haushaltung aus seinem Erwerbe bestreite oder nicht, kommt, — wie ebenfalls mehrfach entschieden worden ist, nichts an.

Anfechtung einer gerichtlichen Pfändung gestützt auf die Thatsache, dass dieselbe bloss von einem Bureauangestellten des Gemeindammanns vollzogen worden ist.

(Auszug aus einem Entscheid des Kassationsgerichtes Zürich vom 6. Dezember 1886 i. S. Riklin ca. Beeder-Stoll.)

In einem Vindikationsprozeß war unbestritten, daß das Eigenthum an den streitigen, zu Gunsten des Beklagten gerichtlich einge-

pfändeten Gegenständen wirklich der Klägerin, der Ehefrau des Pfandschuldners, zustehe, die Klagebestreitung wurde aber dennoch gestützt darauf festgehalten, daß Klägerin der Pfändung beigewohnt und dadurch, daß sie damals ihrer Ansprache nicht nur mit keiner Silbe Erwähnung gethan, sondern gegentheils ihre ausdrückliche Zustimmung zur Pfändung erklärt, die Belastung ihres Eigenthums mit dem Pfandrecht des Beklagten anerkannt habe. Die Klägerin bestritt dieß, machte aber eventuell geltend, das Pfandrecht sei dennoch ungültig, weil die Pfändung nicht vom Stadtammann oder dessen Substituten, sondern von einem Angestellten des Stadtammannamtes, der nicht als gesetzlicher Vertreter des letztern angesehen werden könne, vorgenommen worden sei. Beide Instanzen (Bezirks- und Obergericht) schützten das Pfandrecht, weil Klägerin versäumt habe, ihre Eigenthumsansprache rechtzeitig, d. h. bei der Pfändung geltend zu machen und der eventuelle Standpunkt angesichts des § 42 der Verordnung zum Schuldbetreibungsgesetz vom 31. Dezember 1883 nicht als begründet angesehen werden könne, da die Pfändung nach dieser Bestimmung ausnahmsweise, in ganz einfachen Fällen selbst durch den Weibel des Gemeindammanns vorgenommen werden könne, also gewiß auch ein höher stehender Angestellter damit betraut werden dürfe, ein solch einfacher Pfändungsfall aber in concreto vorliege.

Die letztere Argumentation wurde von der Klägerin auf dem Wege der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten, weil sie gegen klares Recht verstoße, das Kassationsgericht wies aber die Beschwerde ab.

Gründe:

1. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich deutlich, daß sich das angefochtene Urtheil mit Bezug auf die Frage der Gültigkeit des Pfandrechtes auf den § 42 der obergerichtlichen Verordnung zum Schuldbetreibungsgesetz stützt, welcher die Vornahme von Pfändungen durch den Waibel des Gemeindammanns ausnahmsweise und in einfachen Fällen als zulässig erklärt. Dabei ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, daß der Gemeindammann statt seines Waibels einen seiner Bureauangestellten mit der Aufnahme von Pfändungen beauftragen kann, sofern das Statthalteramt die Wahl dieses Angestellten genehmigt hat.

2. Die Hauptfrage ist nun, ob der citirte § 42 gegen klares Recht verstoße. Als verletzt werden bezeichnet die §§ 148 u. f. und § 154 des Gemeindegesetzes. Es kann sich aber offenbar nur um den letztern Paragraphen handeln. In den §§ 148 und 150 ist gesagt, daß jede politische Gemeinde auf die Amtsdauer von 3 Jahren einen Gemeindammann wähle, der die Schuldbetreibung zu besorgen habe und diesfalls unter der Aufsicht des Bezirksgerichtes stehe. Die §§ 153 und 154 ibidem enthalten Vorschriften über die Stellvertretung. Jeder Gemeindammann hat einen bleibenden Stellvertreter, welcher von jenem unter Genehmigung des Statthalteramtes ernannt wird. Dieser Stellvertreter besorgt bei vorübergehender Verhinderung des Gemeindammanns unter dessen Verantwortlichkeit die gemeindammannamtlichen Geschäfte. Ferner kann der Gemeindammann laut § 154 in gewissen Fällen, wo er oder sein Stellvertreter nicht funktioniren kann oder will, und wo es sich um untergeordnete Verrichtungen handelt, sich durch einen bleibenden Angestellten, dessen Wahl die Anerkennung des Statthalteramtes bedarf, vertreten lassen. Als solche untergeordnete Verrichtungen sind im Gesetze genannt die Anlegung von Vorladungen, Anzeigen, Rechtsboten u. s. f. Die Aufzählung der fraglichen untergeordneten Verrichtungen ist im Gesetze nicht erschöpft; der Gesetzgeber hat angenommen, daß es deren noch mehr gebe, ihre Bezeichnung aber der Praxis, bezw. den zuständigen Behörden überlassen. Wenn nun die Verordnung zum Schuldbetreibungsgesetz die Vornahme von Pfändungen in einfachen Fällen durch den Waibel des Gemeindammannamtes bezw. einen andern bleibenden Angestellten des Gemeindammanns gestattet, so enthält diese Bestimmung nur eine erweiterte Anwendung des § 154 des Gemeindegesetzes; das Obergericht ist von der Ansicht ausgegangen, daß die Pfändung in einfachen Fällen zu den untergeordneten Verrichtungen des Gemeindammanns gehöre. Im Allgemeinen wird man zwar sagen müs-

sen, daß die Pfändung ein wichtiger, vielleicht der wichtigste Akt des Rechtstriebverfahrens ist; allein es gibt auch einfache Fälle, die sich von vornherein als solche zu erkennen geben und deren Vollziehung der Gemeindammann ohne Nachteil für irgend Jemand einem Angestellten überlassen darf. Allerdings sind bei Pfändungen nicht nur Fahrhabegegenstände zu notiren und zu schätzen, sondern auch Erklärungen des Schuldners oder dritter Personen entgegen zu nehmen und es geniessen die diesfälligen Einträge im Pfandschein und im Pfandprotokoll amtlichen Glauben, als ob der Gemeindammann selbst die Erklärungen entgegengenommen hätte. Ganz gleich verhält es sich aber auch mit der Beurkundung des Vollzuges solcher Verrichtungen, die im Gesetz ausdrücklich als solche untergeordneter Natur bezeichnet und thatsächlich vom Waibel oder einem andern Angestellten des Gemeindammanns besorgt werden. Wenn z. B. ein Schuldner den Empfang eines Rechtsbotes in Abrede stellt, so ist das Zeugniß des Gemeindammanns über die erfolgte Zustellung so lange maßgebend, bis das Gegentheil bewiesen ist, wenn schon das amtliche Zeugniß sich bloß auf die Angaben des die Rechtsbote besorgenden Waibels stützt. Nach dem Gesagten verstößt der § 42 der cit. obergerichtlichen Verordnung durchaus nicht gegen klare, gesetzliche Bestimmungen.

3. Was nun die streitige Pfändung betrifft, so haben die Vorinstanzen angenommen, daß dieselbe zu den einfachen gehöre und diese Auffassung ist in der Kassationsinstanz nicht anfechtbar, zumal sie keine willkürliche ist. Dem streitigen Pfandrecht gehen drei ältere Pfandrechte für Forderungen von 4080 Fr., 120 Fr. und 525 Fr. im Range vor; es handelte sich also im Wesentlichen nur darum, zu konstatiren, daß die früher gepfändeten Gegenstände sich noch im Besitze des Schuldners vorfanden. Auch war der Angestellte Meier befugt, im Namen des Stadtammanns zu funktioniren, indem seine Wahl, wie heute der Anwalt der Beschwerdestellerin zugegeben hat, vom Statthalteramt anerkannt worden ist.

4. Angenommen indeß, es wäre die Anerkennung der Wahl bis jetzt noch nicht erfolgt, oder es hätte die streitige Pfändung nicht zu den einfachen Fällen gehört, so hätte hieraus nicht ohne Weiteres die Ungültigkeit des Pfandrechtes gefolgert werden können, sondern es würde sich gefragt haben, ob nicht einfach gegen den fehlbaren Beamten auf dem Disziplinarwege hätte vorgegangen werden sollen. Da sich jedoch die Vorinstanzen hierüber nicht ausgesprochen haben und die oben angeführten Gründe zur Abweisung der Beschwerde genügen, so hat das Kassationsgericht keine Veranlassung, diese Frage im gegenwärtigen Prozeß zu entscheiden.

Sinn und Tragweite

einer bestimmten zeitlichen Begrenzung der Garantieverpflichtung einer »zürcherischen Garantiegenossenschaft«.

(Kassationsgericht Zürich. 8. November 1886.)

Die von der Garantiegenossenschaft der Gemeinde Dielsdorf am 2. März 1857 für einen gewissen Deckungswerth der Unterpfande der von ihren Mitgliedern erhobenen grundversicherten Darlehen übernommene Garantie ist mit Martini (11. November 1885) abgelaufen und es bestritt dieselbe deßhalb eine erst später von der Actiengesellschaft Leu & Cie. ihr gegenüber geltend gemachte Haftpflicht mit der Einrede des Untergangs in Folge nicht rechtzeitiger Einleitung der Liquidation des garantirten Darlehens gegenüber den Hauptschuldnern und daheriger Verspätung in der Geltendmachung des streitigen Anspruches selbst. Die Appellationskammer des Obergerichtes führte aus, es sei die zeitliche Begrenzung der Garantie dahin zu verstehen, daß die Fälligkeit der garantirten Darlehen auf das Ende der Garantiezeit herbeigeführt und sodann die Liquidation sofort durchgeführt werden soll, ansonst die Garanten frei werden. Die Verpflichtung, die Liquidation *sofort* durchzuführen, müsse in *anologer* Anwendung des § 1810 des privatrechtlichen Gesetzbuches dahin ausgelegt

werden, daß dieß innerhalb 6 Wochen vom Verfalltag an zu geschehen habe und weil diese Frist von der Klägerin nicht innegehalten worden sei, müsse die Klage wegen Verwirkung des aus der Garantie abgeleiteten Anspruches verworfen werden (siehe das bezügliche Urtheil in Nro. 15 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang pag. 234 u. folgd.). Die Klägerin reichte Nichtigkeitsbeschwerde ein und stützte diese unter Anderm auch auf die Behauptung, daß die Herbeiziehung des § 1810 des P.-R. G.-B. gegen klares Recht verstoße. *Darauf antwortete indess das Kassationsgericht in seinem, die Nichtigkeitsbeschwerde abweisenden Beschluss:*

Ebenso unbegründet ist der Vorwurf, es sei gegen klares Recht, nämlich entgegen den Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Bereinigung der Grundprotokolle entschieden worden, wenn der Richter eine 6-wöchentliche Frist zur Anhebung der Betreibung für richtig gehalten und demgemäß entschieden habe. Das citirte Gesetz enthält nämlich gar keine bezügliche Frist und man kann daher nicht von einem offenbaren Widerspruch mit einer klaren gesetzlichen Bestimmung reden, *vielmehr muss gesagt werden, dass, vorausgesetzt der Richter musste interpretirend und fehlendes completirend eingreifen, er gewiss Recht daran that, die Frist so zu bemessen, wie sie der Gesetzgeber in einem analogen Fall für richtig gehalten und gesetzlich festgestellt hat.*

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. März 1887. VI. Band. № 4.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 21. Januar 1887

in Sachen

der Firma *J. J. Laurent et fils,* Holzhändler in Brüssel, Kläger,

gegen

Anton Einberger, Holzhändler in Richtersweil, Beklagten,

betr. Vollziehung eines belgischen Civilurtheils resp. Kauf.

Auslegung des § 752 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes. Die Reciprocität als Voraussetzung der Vollstreckbarkeit. Fehlen derselben von Seite Belgiens.

Oertliche Rechtsanwendung. Der Verzug des Verkäufers und dessen Folgen nach belgischem Recht.

Streitfrage:

Ist der Beklagte schuldig, dem Kläger gestützt auf zwei Urtheile des Handelsgerichtes und des Appellhofes in Brüssel Fr. 7312. 80 nebst Zins à 5 % seit 10. Juni 1884 und ferner Fr. 338. 40 Prozeßkosten zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Die Kläger hatten gegenüber der Firma Casse et Hottat in Brüssel, welche in den Jahren 1883—85 die Erweiterung der Hafenarbeiten in Antwerpen ausführte, die Lieferung des für die Drehbrücken und Schleußen erforderlichen Holzes übernommen und wandten sich dann ihrerseits zur Beschaffung desselben an den Beklagten. Am 21. Dezember 1883 schlossen sie mit ihm einen Lieferungsvertrag ab, derselbe verweist auf zwei beigeschlossene, von der Firma Casse et Hottat aufgestellte Submissionslisten, deren erste das Holz für die Schleußenthore, die zweite dasjenige für die Drehbrücken enthält. Bei ersterer Partie handelt es sich um Eichenstämme von seltener Größe, welche gemäß einer beigefügten Zeichnung behauen geliefert werden mußten; verlangt ist tadellose Qualität des Holzes und daß solches zu passender Jahreszeit, d. h. im Winter geschlagen sein müsse. Der Preis wurde für das Schleußenholz auf 200 Fr. und für das Brückenholz auf 150 Fr. pr. m³ festgesetzt und dabei war Lieferung franco Fracht und Spesen Waggon Antwerpen vereinbart. Bezüglich der Lieferzeit wurde bestimmt, die Hölzer seien zwischen April und Ende Dezember 1884 zu liefern *und die Käufer verpflichtet, den genauen Liefe-*

rungstermin vor dem 30. April zu bezeichnen.

B. Mit Brief vom *10. Mai* 1885 baten die Kläger den Beklagten, die verkauften Hölzer unverzüglich sägen zu lassen, damit er ihnen solche innert 30 Tagen „von heute an" liefern könne. Da mit den Schleußen begonnen werde, solle er vor allem aus die hiezu benöthigten Stücke senden. Eine Antwort auf diesen Brief erfolgte nicht und Kläger wiederholten deßhalb ihr Begehren am 24. Mai, beifügend: „Wollen Sie uns promptest mittheilen, ob Sie mit dem Sägen der Hölzer begonnen haben." Hierauf antwortete ihnen mit Brief vom 31. Mai der Agent des Beklagten, Richard Spindler in Brüssel, Folgendes: Einberger schreibe ihm unterm 27. gl. Mts., daß er einige große Stücke der klägerischen Bestellung habe, die 4-kantig behauen seien, daß er dieselben aber nicht vor dem nächsten Winter liefern könne, da es ohne Schnee und Eis unmöglich sei, solche aus dem Walde herauszuschaffen; mit dem Sägen der kleinen Stücke werde er nächstens beginnen, wünsche aber vorherige Genehmigung der ausgewählten Stücke. Darin erblickten Kläger das Zugeständniß des Beklagten, daß er innert der vertraglich bestimmten Zeit zu liefern nicht im Stande sei und da sie ihrerseits gegenüber Casse et Hottat durch eine Lieferfrist strenge gebunden waren und diese mit Briefen vom 16. und 20. Juni denn auch unverzügliche Lieferung der Schleußenhölzer verlangten, sahen sie sich gezwungen, für die ausbleibende Lieferung Ersatz zu suchen, glaubten indeß vorher die Aufhebung des Vertrages mit dem Beklagten bewirken zu müssen und leiteten deßhalb beim Handelsgericht Brüssel eine bezügliche Klage ein. Diese, die daneben auch auf Schadenersatz ging, kam am 23. Juni 1884 zur Verhandlung und es erschien Einberger dabei persönlich im Begleite seines Rechtsanwaltes Braun, durch den er sich im Uebrigen vertreten ließ. Die Competenz des Gerichtes bestritt er nie und erklärte sich in der Sache selbst mit der Vertragsauflösung einverstanden, verlangte aber mittelst Widerklage, daß die Schuld hieran den Klägern zugewiesen und dieselben verpflichtet werden, ihm 8000 Fr. Schadensersatz zu bezahlen. Sie hätten den Vertrag dadurch gebrochen, daß sie den darin auf die Zeit bis 30. April limitirten Termin für Fixirung der Lieferzeit versäumt haben und deßwegen sei auch er nicht mehr an denselben gebunden. Die Erklärung, daß die Lieferung nicht vor dem Winter erfolgen könne, habe er nach hierüber eingezogenen Erkundigungen bei seinen eigenen Lieferanten abgegeben.

C. Mit Urtheil vom 30. Juni 1884 entschied das Handelsgericht dahin, der Lieferungsvertrag sei aufgehoben *zu Gunsten der Kläger* und diesen das Recht vorbehalten, ihren Anspruch auf Schadensersatz in einem neuen Prozesse einzuklagen. Die Begründung geht im Wesentlichen dahin:

Der Termin für Angabe der Lieferzeit sei im beidseitigen Interesse angesetzt worden, in demjenigen der Kläger wegen ihrer eigenen Gebundenheit und in demjenigen des Beklagten, weil für die Vorbereitung der Lieferung eine längere Zeit erforderlich sei. Nach der Art der Vorbereitung habe sich der Beklagte vom 30. April an im Besitze des Holzes befinden müssen und dieß herbeizuführen habe er versäumt. Für diese Versäumniß werde er dadurch nicht entschuldigt, daß die Kläger ihrerseits den Termin vom 30. April um 10 Tage überwartet haben, denn die Waare sei nicht Preisschwankungen, wie Gegenstände des Börsenverkehres, unterworfen und daher die genaue Einhaltung des Termines für Fixirung der Lieferzeit auch nicht von wesentlicher Bedeutung, sondern nebensächlich, ein Verzug von 10 Tagen könne auf den Bestand des Vertrages keinen Einfluß haben. Angesichts des Geständnisses des Beklagten, daß er außer Stande sei, vor dem 1. Dezember zu liefern, falle Art. 1184 l. 3 Code civil, wodurch der Richter ermächtigt wird, dem Schuldner eine Nachfrist zur Lieferung anzusetzen, außer Betracht. Der Beklagte appellirte, der Appellhof zu Brüssel bestätigte aber das handelsgerichtliche Urtheil unterm 1. Dezember 1884 aus den nämlichen Gründen, beifügend, daß jene Verspätung von 10 Tagen unmöglich als der Grund der Nichtbereitschaft des Beklagten zur Lieferung angesehen werden könne und betonend, daß

nach der eigenen Darstellung des letztern Eichenstücke von solcher Größe nicht jederzeit auf dem Markte zu finden seien und nur im Winter bei Schnee und Eis aus dem Walde herausgebracht werden können.

D. Nach Empfang des Briefes von Spindler, Anfangs Juni 1884, hatten die Kläger sich sofort bemüht, für die fraglichen Hölzer einen neuen Lieferanten zu finden. Sie liessen Inserate in die in Paris erscheinende Fachzeitung: „Le Bois" einrücken und traten darauf mit einer Reihe von Firmen in Belgien und Frankreich in Unterhandlungen. Die vorgelegten Korrespondenzen zeigen, daß sie ihr Möglichstes thaten, um rasch und so billig als möglich sich Ersatz zu verschaffen, daß sie aber dabei auf große Schwierigkeiten stießen, indem Hölzer von der verlangten Dimension nicht leicht zu beschaffen waren, namentlich nicht innerhalb kurzer Zeit, was zur Folge hatte, daß die Besitzer solcher sehr hohe, ganz unannehmbare Preise forderten. Schließlich kam auf Grund der billigsten erhältlichen Offerte am 7. August 1884 ein Lieferungsvertrag zwischen der Klägerin und Eugen Burm in Zèle (in der Nähe von Antwerpen) zu Stande, wodurch als Preis, franco Waggon Weert St. Georges, für die zu den Schleußen erforderlichen Stücke Fr. 280 und für die Hölzer zu den Brücken Fr. 180 p. m^3, zahlbar in 3 Monaten, vereinbart wurde; die Lieferfrist wurde auf Ende August, spätestens 7. September 1884 angesetzt. Gemäß diesem Vertrag fand alsdann die Lieferung statt. Laut Factur des E. Burm vom 30. September 1884 lieferte derselbe 55,63 m^3 Holz à 280 Fr. und 71,134 m^3 Holz à 180 Fr. im Gesammtwerthe von 28,380 Fr. 52 Rp. Die Auslagen der Kläger für Fracht und Spesen von Weert St. Georges nach Antwerpen betrugen nach ihrer Behauptung 687 Fr. 50, nämlich je 5 Fr. 50 für 1000 Kilo bei einem Gesammtgewicht von 125,000 Kilo.

E. In einem zweiten vor Handelsgericht Brüssel angehobenen Prozesse verlangten sodann die Kläger vom Beklagten Zahlung des ihnen durch den Vertragsbruch entstandenen Schadens, den sie folgendermassen berechneten:

1)	Mehrauslage à Fr. 80 p. m^3 für 55,63 m^3 Holz	Fr. 4291. 28
2)	Mehrauslage à Fr. 30 p. m^3 für 71,134 m^3 Holz	„ 2134. 02
3)	Auslagen für Inserate, Porti, Telegramme und Reisen	„ 200. —
4)	Fracht von Weert St. Georges nach Antwerpen 125,000 Kilo	„ 687. 50
	Summa	Fr. 7312. 80

Der Beklagte ließ sich neuerdings durch den Advokaten Braun vertreten; bezüglich des Quantitativs der geforderten Summe erklärte er, sich auf das Ermessen des Gerichtes berufen zu wollen („s'en référer à la sagesse du tribunal"). Letzteres hieß ohne nähere Begründung mit Urtheil vom 3. Februar 1885 die Klage im ganzen Umfange gut. Der Beklagte appellirte dagegen nicht.

F. Die beiden Urtheile des Handelsgerichtes Brüssel vom 30. Juni 1884 und 3. Februar 1885 wurden dem Beklagten in der von der belgischen Gesetzgebung vorgeschriebenen Form insinuirt, durch Anschlag an der Thüre des Gerichtsgebäudes Seitens eines Huissier und Uebermittlung durch die Post. Ende März 1886 ließen die Kläger den Beklagten an seinem hiesigen Wohnort für die obgenannte Summe von 7312 Fr. 80 nebst Zins und 300 Fr. 43 Rp. Gerichtskosten rechtlich betreiben, erhielten aber Rechtsvorschlag und wurden mit ihrem Rechtsöffnungsgesuch durch zweitinstanzlichen Entscheid der Rekurskammer des Obergerichtes vom 15. Dezember 1885 abgewiesen. Ende November 1886 leiteten sie sodann die gegenwärtige Klage ein und bezifferten darin die zweite Post betreffend der Gerichtskosten auf 338 Fr. 40, indem sie zu den bereits erwähnten 300 Fr. 43 noch 37 Fr. 75 Kosten des hiesigen summarischen Verfahrens hinzurechneten.

H. Für die Hauptpost der Klage von 7312 Fr. 80 Rp. nebst Zins berufen sich die Kläger in erster Linie auf das Urtheil des Handelsgerichtes Brüssel vom 3. Februar 1885, indem sie dessen Vollstreckung verlangen, in zweiter Linie aber stützen sie ihre Forderung auf den mit dem Beklagten abgeschlossenen

Vertrag resp. auf die von ihm verschuldete Nichterfüllung desselben und darauf, daß ihnen in Folge dessen der eingeklagte Schaden entstanden sei. Der Beklagte bestreitet in erster Linie die Competenz des Handelsgerichtes, weil ein Vollstreckungsanspruch nur im summarischen Verfahren und Mangels seiner Qualität als Handelssache jedenfalls nicht vor Handelsgericht verfolgt werden könne. Eventuell bestreitet er, daß Civilurtheilen aus Belgien gemäß § 752 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes hierorts die Vollziehung zu gewähren sei, indem es namentlich am Erforderniß der Reciprocität fehle, zudem das belgische Gericht im vorliegenden Falle incompetent gewesen sei. Gegenüber dem Begehren auf Gutheißung der Klage aus dem Titel des Vertragsbruches wird die Einrede der abgeurtheilten Sache gestellt, es gelte hier der Satz: „Non bis in idem.“ Eventuell wird daran festgehalten, daß der Vertragsbruch auf Seite der Kläger liege, weil sie der Pflicht, die Lieferzeit bis spätestens den 30. April zu fixiren, nicht nachgekommen seien und daß dieß den Beklagten vom Vertrage entbunden habe. Sodann wendet der letztere ein, die Annahme sei unrichtig, daß er nicht vor Dezember 1884 im Stande gewesen wäre, zu liefern. Sofort nach Abgang des Briefes Spindler an die Kläger habe er sich persönlich an das Fürstliche Rentamt Wallerstein bei Nördlingen (Bayern), von dem er das Holz schon im Oktober 1883 käuflich erworben, — gewandt und es habe ihm dasselbe an Stelle der im Schlagregister bezeichneten großen Stücke andere näher an Straßen gelegene und deßhalb auch im Sommer transportable Stücke angewiesen. Die kleinern Stücke seien bereits zur Zurichtung in Arbeit, theilweise schon fertig gewesen, sodaß es ihm möglich gewesen wäre, sofort mit der Lieferung zu beginnen, jedenfalls die Lieferfrist bis 1. Dezember 1884 einzuhalten. Dafür wird Beweis anerboten und im Weitern behauptet, von diesem Sachverhalt und der Lieferungsbereitschaft habe der Beklagte den Klägern nach dem Briefe Spindlers und vor Beginn des Prozesses in Brüssel Kenntniß gegeben, hiefür verlangt er die persönliche Erklärung der Kläger. Dieße ließen die ganze Darstellung bestreiten. Der Beklagte anerkennt schließlich auch das Quantitativ der Forderung nicht. Die von Burm gelieferten Quantitäten Holz stimmen nicht genau überein mit den im streitigen Vertrag enthaltenen, der verrechnete Frachtansatz könne nicht anerkannt und ebenso müsse das Quantitativ der Gerichtskosten bestritten werden.

Entscheidungsgründe:

1. Der Beklagte bestreitet die Kompetenz des Handelsgerichtes in dem Sinne, daß zur Beurtheilung des eingeklagten Anspruches, soweit dieser aus dem Urtheile des Handelsgerichtes Brüssel, vom 3. Februar 1885, abgeleitet werde, lediglich der Richter des summarischen Verfahrens, also der Bezirksgerichtspräsident und sodann bei Illiquidität der Sache die gewöhnlichen Gerichte zuständig seien, indem für jenen Anspruch zunächst ein besonderes Prozeßverfahren vorgeschrieben sei und derselbe ferner nicht als Handelssache im Sinne von § 95 des Rechtspflegegesetzes betrachtet werden könne. Dem gegenüber ist indeß lediglich darauf zu verweisen, daß schon in frühern Entscheidungen erklärt wurde, nach zürcherischem Prozeßrechte sei die Vollziehung eines Urtheils, jedenfalls soweit damit lediglich die Feststellung des eingeklagten Anspruches bezweckt werde, auch im ordentlichen Verfahren statthaft und ferner ein an und für sich handelsrechtlicher Anspruch, wie z. B. derjenige aus kaufmännischem Kauf, verliere diesen Charakter dadurch nicht, wenn er auf ein gerichtliches Urtheil gestützt werde. (Siehe Urtheile des Handelsgerichtes vom 22. Juni 1877 i. S. Claassen ca. Bloch, Zeitschrift f. schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege, Bd. III S. 387 f. und vom 16. Januar 1885 i. S. Fratelli Costa ca. Sigg-Sulzer & Cie., Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, Bd. IV, S. 97 f.)

2. Ueber die Vollstreckung von Zivilurtheilen aus Staaten, mit welchen, wie dies gegenüber sämmtlichen, ausgenommen Frankreich, der Fall ist, keine bezüglichen Staatsverträge bestehen, bestimmt § 752 Abs. 2 des Rechtspflegegesetzes, es könne der hierseitige Richter „nach freier Würdigung aller Verhältnisse“ Vollziehung gewähren, unter

allen Umständen aber nur dann, wenn das fragliche Urtheil unzweifelhaft rechtskräftig und von einem Richter ausgefällt sei, welcher an sich kompetent gewesen und dessen Kompetenz auch nicht durch die hierseitige Gesetzgebung ausgeschlossen werde. Absolute Erfordernisse für die Exekution sind hiernach einerseits Rechtskraft des Urtheils und anderseits Kompetenz des Gerichtes, von welchem dasselbe erlassen wurde, sowohl nach seinem eigenen als auch auf Grund des hierseitigen Prozeßgesetzes. Im vorliegenden Falle sind diese beiden Voraussetzungen als erwiesen zu betrachten. Bezüglich der Rechtskraft des Urtheils vom 3. Februar 1885 ist nicht etwa behauptet worden, es sei gegen dieses ein ordentliches Rechtsmittel ergriffen worden, die Frist hiefür ist aber offenbar längst abgelaufen. Die Kompetenz des urtheilenden Gerichtes war nach dem maßgebenden belgischen Gesetz vom 25. März 1876, enthaltend den 1. Titel der Einleitung zum Code de procédure civile durch zwei Gerichtsstände begründet, nämlich denjenigen des Vertrages (forum contractus) gemäß Art. 52 Ziff. 3 des zitirten Gesetzes, und den Gerichtsstand freiwilliger Unterwerfung (forum prorogatum), anerkannt in Art. 54 daselbst. Ersterer Gerichtsstand hat nach genannter Gesetzesstelle zum Erforderniß, daß der eingeklagte obligatorische Anspruch entweder in Belgien entstanden oder dort zu erfüllen sei, und Beides trifft hier, wie unten noch auszuführen sein wird, zu. Dagegen vermöchte dieser Kompetenzgrund nicht auch die Zuständigkeit des belgischen Gerichtes auf Grund des zürcherischen Prozeßgesetzes herzustellen, da letzteres den genannten Gerichtsstand in § 214 nur unter einer Reihe weiterer, hier nicht zutreffender Bedingungen zuläßt. Wohl aber anerkennt das hierseitige Rechtspflegegesetz in den §§ 220 und 221 den Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung, so daß nach demselben die Kompetenz des Handelsgerichts Brüssel für den vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen ist; daß sich aber thatsächlich der Beklagte der Jurisdiktion genannten Gerichtes unterworfen habe, steht außer Zweifel; denn er ließ sich vor demselben durch einen Anwalt vertreten und dieser verhandelte in der Sache, ohne die Einrede der Incompetenz zu stellen, ja im vorausgegangenen ersten Prozesse war er persönlich vor Gericht erschienen und hatte er ebenfalls eine Klage gestellt. Demnach sind die Voraussetzungen gegeben, unter denen dem vorgelegten belgischen Urtheile die Vollziehung gewährt werden „kann", und zwar „nach freier Würdigung aller Verhältnisse." — Letztere Ausdrucksweise des Gesetzes ist nun an sich offenbar sehr elastisch; allein nach der Auslegung, welche dieselbe besonders in den letzten Jahren in der Praxis sowohl des Obergerichtes, als auch des Handelsgerichtes gefunden hat, soll es damit nicht etwa lediglich dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden, die Vollstreckung zu gewähren oder aber zu verweigern, sondern es ist darin nur der Hinweis auf gewisse, in die allgemeine Rechtsüberzeugung übergegangene, für die Vollziehung fremder Zivilurtheile ausgebildete Grundsätze zu erblicken. Dem Richter soll dadurch ermöglicht werden, Urtheilen die Exekution zu verweigern, welche das Rechtsbewußtsein ganz offenbar verletzen würden, so etwa falls der Entscheid bezüglich der Anwendung des für den urtheilenden Richter geltenden formalen und materiellen Rechtes ganz offensichtich unrichtig wäre, dem Beklagten in wesentlicher und auffälliger Weise das rechtliche Gehör verweigert, das Urtheil auf augenfälligen aktenwidrigen Annahmen beruhen oder endlich dem öffentlichen Rechte zuwiderlaufen würde. Dagegen liegt es, wie die Gerichtpraxis annimmt, nicht im Sinn jener Gesetzestelle, daß das fremde Urtheil einer eigentlichen Ueberprüfung hinsichtlich seiner Richtigkeit unterzogen werde und es wird daher Urtheilen aus Staaten, welche eine geordnete Rechtspflege besitzen, zunächst, und so lange sich nicht auffällige Mängel im angeführten Sinne zeigen, die Wirkung einer Feststellung des Rechtsverhältnisses beigemessen. Immerhin wurde indessen von jeher für die Exekution an dem Erfordernisse der Reciprocität des Staates, aus welchem das Urtheil kommt, festgehalten, wenigstens in dem mehr relativen Sinn, daß Urtheilen aus solchen Staaten, welche die dießseitigen Urtheile grundsätzlich nicht vollziehen, hierorts

die Exekution ebenfalls zu verweigern sei. (Siehe Obergerichtl. Rech.-Ber. 1877 Nr. 53, 1881 Nr. 5 und Blätter für handelsrechtl. Entscheidungen, Bd. IV, S. 55, Erwäg. 2 i. S. Lloyd ca. Aktionäre und S. 101, Erwäg. 5 i. S. Costa ca. Sigg-Sulzer & Cie.)

3. Im vorliegenden Falle kann es sich nun, da die Justiz des Königreiches Belgien im allgemeinen als eine wohlgeordnete zu betrachten ist, und speziell bei dem Urtheil, dessen Schutz verlangt wird, von Mängeln obenerwähnter Art keine Rede ist, nur um den Nachweis der Reciprocität Belgiens handeln. — Maßgebend ist hier Art. 10 des belgischen Prozeßgesetzes vom Jahre 1876. In Abs. 1 wird daselbst bestimmt: „Ils (les tribunaux de première instance) connaissent enfin, des décisions rendues par les juges étrangers en matière civile et en matière commerciale.“ In Abs. 2 ist sodann vorgeschrieben, gegenüber Urtheilen aus Staaten, mit denen Belgien einen, die Reciprocität sichernden Staatsvertrag abgeschlossen habe, dürfe die Prüfung des Urtheils nur auf fünf Punkte bezogen werden, nämlich: 1) ob das Urtheil nicht der öffentlichen Ordnung oder dem öffentlichen Recht Belgiens zuwiderlaufe; 2) die Rechtskraft des Urtheils nach dem Gesetz des fremden Staates; 3) ob das Urtheil gemäß letzterm Gesetz der Partei richtig zugestellt worden sei; 4) ob die Rechte der Vertheidigung gehörig gewahrt worden seien; 5) ob das urtheilende Gericht nicht etwa ausschließlich auf Grund der Staatsangehörigkeit des Klägers sich kompetent erklärt habe. — Im Wortlaut von Satz 1 — „Ils connaissent etc.“, ist schon enthalten, daß die belgischen Gerichte Mangels eines Staatsvertrages über Zivilurtheile fremder Staaten neu zu „erkennen“, d. h. zu entscheiden haben, und es kann die Uebersetzung dieses Ausdruckes dahin, die erstinstanzlichen Gerichte haben sich mit den fremden Zivilurtheilen „zu befassen“, wie solche sich in der Schrift von Asser, revidirt durch Cohn, über „das Internationale Privatrecht“ findet, nicht als richtig gelten. — Aus der Präjudiziensammlung „Répertoire quinquennal de la jurisprudence Belge“, seit 1881 erscheinend, ist nun ersichtlich, daß jene Gesetzesstelle in der Praxis der belgischen Gerichte folgende Auslegung gefunden hat. Auch bei Urtheilen aus Staaten, mit denen kein Reciprocitätsvertrag besteht, müssen unter allen Umständen die in Satz 2 des Art. 10 genannten fünf Erfordernisse vorliegen. (Rép. s. verb. Exéquatur, Nro. 19, 23, 32.) Weiterhin aber ist den Gerichten absolut und als ganz unerläßlich vorgeschrieben, daß sie eine „révision du jugement au fond“ vornehmen (Rép. Nro. 4, 16, 23, 36, — 2, 5, 7, 19 und 31), in dem Sinne, daß sie selbständig frei und von Grund aus neu prüfen sollen, ob die Entscheidung richtig sei; hiefür können sie eine neue Verhandlung der Parteien anordnen (Rép. Nro. 1). Je nach dem Resultate dieser révision sollen die Gerichte die Vollziehung gewähren oder aber, wie wenn ein Urtheil nicht vorläge, verweigern oder endlich die Entscheidung abändern (Rép. Nro. 15 u. 19); einzig bei schiedsgerichtlichen Urtheilen findet eine révision nicht statt (Rép. Nro. 28). — Damit ist festgestellt, daß Belgien gegenüber Urtheilen aus Staaten, mit denen es nicht in einem Reciprocitätsvertrage steht, in keinem Falle ohne weiteres die Vollstreckung gewährt, in der Weise, daß es nach einer Verifikation, ob die an ein fremdes Urtheil formell und materiell etwa zu stellenden Bedingungen erfüllt seien, dasselbe als solches anerkennen, und demselben unmittelbar den Schutz der Staatsgewalt zuwenden würde, daß Belgien vielmehr ein besonderes, wenn auch wohl abgekürztes Prozeßverfahren vorschreibt, welches formell zu einem neuen Entscheid über den im fremden Urtheil behandelten Anspruch führt. Ein Verfahren dieser Art ist nun dem zürcherischen Prozeßgesetze völlig fremd und offenbar ist dasselbe im Vergleiche mit der unter Voraussetzung der Gegenseitigkeit durchaus liberalen zürcherischen Praxis unmittelbarer Urtheilsvollstreckung keineswegs gleichwerthig; es muß daher gegenüber Belgien die Frage der Reciprocität entschieden verneint werden. Demnach ist der Anspruch aus dem Urtheile des Brüsseler Handelsgerichtes zu verwerfen.

4. Das eventuelle Rechtsbegehren der Kläger auf Gutheißung der eingeklagten Forderung auf Grund des mit dem Beklagten ab-

geschlossenen Vertrages ist in der Streitfrage der Weisung, welche in ihrem wesentlichen Inhalte auf Zahlung der verlangten Summe geht, wobei allerdings als Rechtstitel lediglich die belgischen Urtheile genannt werden, ebenfalls enthalten und kann als bloße Verdeutlichung derselben betrachtet werden. — Der Beklagte beruft sich dagegen auf die Rechtsregel: Non bis in idem und erhebt gleichzeitig die Einrede der abgeurtheilten Sache. Allein letzteres Rechtsmittel, die „exceptio rei judicatae", kann ihrem Begriffe nach nur darin bestehen, daß eine Partei sich auf den *Inhalt* eines Urtheils in dem Sinne beruft, daß letzterer der Gegenpartei gegenüber Recht machen solle, dies aber will der Beklagte nicht für sich in Anspruch nehmen, sondern vielmehr, daß erklärt werde, eine neue Klage über den streitigen Anspruch sei deßhalb von vornherein ausgeschlossen, weil über letztern schon ein Prozeß geführt worden sei. Dies bildet nun den Inhalt der sog. „exceptio rei in litem deductae", welche durch die Regel formulirt zu werden pflegt: „de eadem re ne bis sit actio", — wogegen der vom Beklagten angeführte Rechtssatz wohl spezifisch dem Strafrechte angehören dürfte. Bekanntermaßen hatte nun allerdings das Römische Recht klassischer Zeit den Grundsatz, daß die Litiskontestation den Anspruch konsumire; schon im Justinianischen Recht war indeß diese Wirkung des Prozeßbeginnes untergegangen (Windscheid Pandekten, Bd. I § 124 Anm. 1, Arndts, § 113 Anm. 3, Baron, § 95) und dem modernen Prozeßrechte, jedenfalls dem zürcherischen ist sie ganz fremd.

5. Der Vertrag vom 21. Dezember 1883, aus dem die Kläger ihren Anspruch ableiten, wurde in Brüssel, wie es scheint in persönlicher Anwesenheit beider Parteien, abgeschlossen, die dessen Gegenstand bildende Lieferung war franco Antwerpen vereinbart, und es befand sich daher nicht bloß der Entstehungsort des Vertrages in Belgien, sondern letzterer war auch in diesem Lande zu erfüllen. Unter diesen Umständen darf nach einer allgemeinen Rechtsanschauung, welche vom Bundesgericht als mit den Grundsätzen des Schweiz. Obligationenrechts wohl vereinbar erklärt wurde, (Amtl. Samml. d. Entscheid. Bd. XI, S. 364, Erwäg. 8, i. S. Scholder ca. Wolff), Mangels anderweitiger Willenserklärungen der Kontrahenten angenommen werden, es habe in der Intention derselben gelegen, daß der Vertrag den Vorschriften des belgischen Rechts unterworfen sein solle. Somit ist dieses letztere, und zwar das französisch-belgische Zivilgesetzbuch vom Jahre 1807 in Anwendung zu bringen.' (Zachariae, Handbuch des französ. Zivilrechts, 7. Aufl., Bd. I, § 13, Note 4.)

6. Der Klage aus dem Vertrag wird nun vom Beklagten die Einrede entgegengehalten, daß die Kläger selbst im Verzuge seien, indem sie den Termin zur Fixirung der Lieferung um 10 Tage überwartet haben, und daß sie daher ihre Ansprüche verwirkt haben. Die Versäumniß jenes Termins steht allerdings fest, dagegen muß verneint werden, daß die Kläger dadurch in Verzug (mora, demeure) gerathen seien, denn es kann nicht angenommen werden, daß es die Meinung der Kontrahenten gewesen sei, die Existenz der vertraglichen Verbindlichkeit davon abhängig zu machen, daß jener den Klägern angesetzte Termin auf den Tag oder wenigstens bis auf wenige Tage genau innegehalten werde, ein Fixgeschäft dieser Art war Angesichts der beidseitigen Interessen offenbar nicht beabsichtigt, hiefür ist namentlich auch auf die Ausführungen der belgischen Gerichte zu verweisen; im übrigen aber bedurfte es, um die Kläger in Verzug zu setzen, einer vorgängigen Mahnung des Beklagten, die nie erfolgte. Code civil, Art. 1139 und 1146.

7. Der klägerische Anspruch geht auf Ersatz des den Klägern nach ihrer Behauptung durch den Vertragsbruch des Beklagten erwachsenen Schadens. Die Voraussetzung dieses Anspruches ist nach Art. 1146, daß der Schuldner sich im Verzuge befindet. Hiefür ist zunächst erforderlich, daß die Leistung fällig war und der Schuldner um dieselbe gemahnt wurde, Art. 1139. Ueber das Zutreffen des ersten Erfordernisses kann Angesichts der strikten Bestimmung des Vertrages kein Zweifel herrschen, und es entspricht auch gewiß der Meinung der Parteien, wenn die belgischen Gerichte, wie sich in der Be-

rufung auf Art. 1184 zeigt, angenommen haben, es sei im Vertrag wesentliches Gewicht darauf gelegt worden, daß die Lieferung innert der daselbst genannten Frist, spätestens bis 1. Dezember 1884 erfolge, so daß die Aufrechterhaltung des Vertrages davon abhängig gemacht worden sei, denn die Kläger waren unbestrittenermaßen selbst gegenüber Casse et Hottat strenge gebunden (s. ferner Art. 1610). Zur Mahnung des Schuldners genügt es in Handelssachen gemäß den bei Zachariae a. a. O., Bd. II, § 308, Note 8 angeführten Präjudizien, an einer brieflichen Aufforderung, und eine solche erfolgte unterm 24. Mai 1884. Die Kläger ließen derselben, als der Beklagte ihnen durch Spindler die Erklärung vom 31. gl. Mts. zustellte, sofort die gerichtliche Klage auf Auflösung des Vertrages folgen, welche unter allen Umständen die beste Form der Mahnung („sommation", Art. 1139) darstellt.

8. Im gegenwärtigen Prozesse macht nun der Beklagte geltend, es sei ihm nachträglich, nach jener durch Spindler übermittelten Erklärung vom 31. Mai, gelungen, sich lieferungsbereit zu machen, wenigstens in dem Sinne, daß ihm die Lieferung innert kurzer Frist und spätestens bis zu der Zeit, in welcher sie in der Folge durch Burm stattfand, möglich sein werde. Für diese durchaus unwahrscheinliche Behauptung wurden heute Beweise wenigstens angeboten, allein um den Beklagten außer Verzug zu setzen, wäre offenbar überdies erforderlich gewesen, den Klägern von der Lieferungsbereitschaft rechtzeitig Kenntniß zu geben. Unter letzterer Voraussetzung könnte es sich fragen, ob nicht nach Absicht des Vertrages die verlangte Erstreckung der Lieferfrist vom Beklagten oder dann vom Gericht, gemäß Art. 1184 l. 3 zu gewähren gewesen wäre. Der Beklagte behauptet nun allerdings, er habe den Klägern jene Erklärung vor Einleitung des Prozesses in der That gemacht und beruft sich hiefür auf die persönliche Befragung der Kläger. Allein die Behauptung, die heute zum ersten Male vorgebracht wird, ist nicht nur äußerst unwahrscheinlich, sondern darf geradezu durch die bisherigen Akten widerlegt gelten. Der Beklagte wagt nicht zu sagen, daß er den Klägern eine derartige Anzeige *schriftlich* erstattet habe, während Angesichts der Wichtigkeit der Sache an eine bloß mündliche Eröffnung kaum gedacht werden kann, um so weniger vollends, als der Beklagte ja weit entfernt vom Domizil der Kläger wohnt. Es kann auch kein vernünftiger Zweifel bestehen, daß die letztern sich weit eher zu einer Erstreckung der Lieferfrist bis in den Sommer hinein bequemt, als dazu entschlossen haben würden, vorerst den Prozeß zu führen und dann an die, wie der spätere Verlauf zeigt, überaus mühvolle und schwierige Aufgabe zu gehen, einen Ersatz der Lieferung herbeizuschaffen, der zudem ebenfalls nicht in naher Aussicht stand. Des Deutlichsten geht indeß die Unwahrheit jener Behauptung des Beklagten aus seiner eigenen Prozeßführung in Belgien, wie sie in den vorliegenden Urtheilen dokumentirt ist, hervor; denn hiernach wollte jener selbst von einer Aufrechterhaltung des Vertrages nichts wissen, klagte gegentheils selbständig auf dessen Auflösung und Schadensersatz, er nahm den Standpunkt ein, die Kläger haben den Vertrag verwirkt und gestand endlich ausdrücklich zu, daß er außer Stande sei, vor 1. Dez. 1884 zu liefern, weßhalb das Handelsgericht es nicht für zulässig hielt, dem Beklagten eine Nachfrist anzusetzen. Damit ist die Thatsache des Verzuges des Beklagten erwiesen.

9. Der Verzug verpflichtet den Schuldner gemäß Art. 1147 des Code civil insofern zum Schadensersatz, als letzterm ein Verschulden zur Last fällt, es genügt hiefür an Fahrlässigkeit. (Zachariae a. a. O. Note 14a.) Die Frage, ob dem Beklagten eine solche zuzuschreiben sei, ist entschieden zu bejahen. Durch den Vertrag war derselbe verpflichtet, sich auf die Zeit vom 1. April 1884 an stetsfort lieferungsbereit zu halten, und es war ihm wohl auch bekannt, welche weitgehende Bedeutung die rechtzeitige Lieferung für die Kläger habe; denn aus den dem Vertrage beigefügten Listen war deren Bestimmung ersichtlich. Durch letztere war ihm u. a. vorgeschrieben, daß die Hölzer „en temps convenable" d. h. im Winter zu schlagen seien, und es mußte ihm außerdem klar sein, daß die Abfuhr des Holzes aus dem Walde bei

dem bedeutenden Gewicht eines Theiles der zu liefernden Hölzer nur in genannter Jahreszeit möglich und dieselbe also die Voraussetzung rechtzeitiger Lieferbereitschaft sein werde, so daß er bei Versäumniß jener Zeit den Vertrag nicht werde erfüllen können. Dieses Versäumniß ließ er sich nun, wie seine eigene Erklärung vom 31. Mai 1884 darthut, zu schulden kommen, und er hat absolut Nichts dafür vorgebracht, daß andere Gründe dabei mitwirkten, als seine eigene grelle Nachlässigkeit, die auch darin zu Tage tritt, daß er sich erst durch die Mahnung der Kläger im Mai 1884 veranlaßt fand, dem Schicksal seiner Eichenstämme in den Fürstlich Wallenstein'schen Waldungen nachzufragen.

10. Wenn demnach der Beklagte aus seinem Verzuge grundsätzlich den Klägern zum Schadenersatz verpflichtet wurde, so ist endlich nur noch zu prüfen, ob die Leistungen, welche die Kläger als solchen verlangen, den Vermögenseinbußen derselben entsprechen, die sich als die Folge der beklagtischen Vertragsverletzung darstellen. — Unbestrittenermaßen waren die Kläger durch die eigenen Verträge mit Gasse et Hottat gezwungen, sich sofort für die dem Beklagten übertragenen, von ihm nicht erhältlichen Lieferungen Ersatz zu verschaffen. Mußten sie dabei, trotz sorgfältiger Bemühung mehr zahlen, als dem Beklagten zugesichert war, so war die Nichtausführung des Vertrages Seitens des letztern die ausschließliche Ursache dieser Mehrauslage, und ist der Beklagte daher zu deren Ersatz verpflichtet. Als erwiesen ist nun anzunehmen, übrigens auch nicht bestritten, daß die Kläger es an keinen Bemühungen mangeln ließen, sich den Ersatz des Holzes so billig als möglich zu verschaffen, und es ist kein Grund zum Zweifel daran vorhanden, daß der Vertrag, den sie endlich mit Burm in Zèle abschlossen, der günstigsten aller erhältlichen Offerten entsprach. Der Preis, der an Burm bezahlt werden mußte, betrug für die Hölzer der ersten Liste (Schleußen) Fr. 80 und für die der zweiten (Brücken) Fr. 30 mehr als laut dem Vertrag mit dem Beklagten. Nach der von Burm ausgestellten Faktur war das Quantum der ersten Gruppe 55,63 m^3 und das der zweiten 71,134 m^3, was bei jener einen Betrag von 4450 Fr. 40 Rp. und bei dieser 2134 Fr. 2 Rp., zusammen 6584 Fr. 42 Rp. ergibt. Der Beklagte bestreitet zwar die Maßangaben; allein dieselben sind durch die Faktur von Burm zunächst wahrscheinlich gemacht, und hieran vermag eine allgemeine Bestreitung ohne daß auch nur der Versuch eines Gegenbeweises gemacht würde, Nichts zu ändern. Die Kläger haben schon vor den belgischen Gerichten, offenbar aus Rechnungsirrthum, ersteren Posten nur im Betrage von 4291 Fr. 28 Rp., also um 159 Fr. 12 Rp. zu niedrig beziffert, nichtsdestoweniger kann die volle Summe gutgeheißen werden, sobald den Klägern nur nicht überhaupt im ganzen mehr zuerkannt wird, als sie in der Weisung verlangen. — Durch die Korrespondenz mit Burm ist des weitern nachgewiesen, daß die Kläger die Fracht von Weert St. Georges bis Antwerpen zu tragen hatten, während sie sich vom Beklagten Frankolieferung ausbedungen hatten. Nach ihrer Angabe betrug der Frachtsatz 5 Fr. 50 Rp. per 1000 Kilo, das Gesammtgewicht 125.000 Kilo und ihre Auslage demnach Fr. 687. 50 Rp. Auch diese Mehrausgabe ist ihnen vom Beklagten zu ersetzen; bezüglich des Quantitativs nimmt der Beklagte freilich wiederum zu einer allgemeinen Bestreitung seine Zuflucht, er kann dabei aber nicht geschützt werden; denn seine Erklärung vor dem Handelsgericht in Brüssel, er überlasse die Beurtheilung des Schadensersatzanspruches dem freien Ermessen des Gerichtes, verbunden mit der unbestrittenen aus dem Urtheil des letztern zu entnehmenden Thatsache, daß er damals keinen der von den Klägern angeführten Schadensfaktoren bestritt, muß als eine in dieser Richtung abgebene gerichtliche Anerkennung aufgefaßt werden, und wurde vom Handelsgericht Brüssel wahrscheinlich als solche verstanden, eventuell würde die Gutheißung dieser Post Seitens jenes den Verhältnissen näher stehenden Gerichtes und der Umstand, daß gegen den Entscheid nicht appellirt wurde, ebenfalls entschieden für die Richtigkeit des Ansatzes sprechen. — Die dritte Post von Fr. 200 für

Auslagen für Inserate, Porti, Telegramme und Reisen kann grundsätzlich nicht beanstandet werden, und es ist auch deren Betrag nicht etwa als übersetzt zu bezeichnen. Damit jedoch den Klägern nicht mehr zugesprochen wird, als sie im ganzen verlangen, ist dieser Ansatz um die Erhöhung, zu welcher der Rechnungsirrthum in der Preisdifferenz Anlaß gab, auszugleichen bezw. um deren Betrag von Fr. 159. 10 Rp. zu reduziren, also auf Fr. 40. 90 Rp., so daß dieselbe mit der Frachtauslage von Fr. 687. 50 Rp. zusammengezogen Fr. 728. 40 Rp. ergiebt. — Weiterhin fordern die Kläger den Ersatz von Gerichtskosten im Gesammtbetrag von Fr. 338. 20 Rp. und sie haben durch Produktion der betreffenden Belege nachgewiesen, daß sie mindestens diese Summe theils für die Kosten der belgischen Urtheile, theils für Insinuation derselben an den Beklagten, theils endlich für das im hiesigen Kanton vor Einleitung des ordentlichen Prozesses durchgeführte „summarische Verfahren" verausgabt haben. Als im ursächlichen Zusammenhang mit der Vertragsverletzung des Beklagten stehend, sind diese Auslagen insofern zu betrachten, als die Kläger die bezüglichen Prozeßhandlungen als dienlich erachten konnten, um ihre Ansprüche aus dem Vertrage zu realisiren. Was nun die Prozeßführung in Belgien anbelangt, so hätten die Kläger sich zwar vergewissern können, daß ihnen die Urtheile der Gerichte dieses Landes gegenüber den Behörden des Wohnsitzes des Beklagten keinen Anspruch auf deren Vollziehung im Kanton Zürich verschaffen können; allein da der heutige Beklagte selbst in Brüssel mit einer Klage gegen sie auftrat, waren sie gezwungen, ihm dort wenigstens bezüglich dieser ins Recht zu antworten, und als derselbe weiterhin sich auch für ihre eigene Klage dem dortigen Gerichte unterwarf und selbst die Vereinigung der beiden Prozesse beantragte (laut Urtheil des Handelsgerichts vom 30. Juni 1884, Erwäg. 1, Seite 18 in Act 11), durften sie erwarten, derselbe werde seiner Zeit die von den belgischen Gerichten erster und zweiter Instanz erlassenen Urtheile freiwillig anerkennen, aus dem einfachen Grunde, weil dies einzig loyal gewesen wäre. Dem Beklagten steht es daher nicht an, unter Berufung auf die im zürch. Prozeßgesetz begründete, öffentlich rechtliche Verweigerung der Urtheilsexekution, jenes erste Verfahren hintenher als unnütz zu erklären, trotzdem er solches größtentheils durch sein eigenes prozessualisches Verhalten veranlaßt hat; in dieser Hinsicht, d. h. bezüglich der entstandenen Kosten steht seiner Zahlungsweigerung die Einrede der Arglist entgegen. Was die Kosten des hiesigen summarischen Verfahrens anbetrifft, so sind dieselben gemäß der Gerichtspraxis vom Beklagten, da er im ordentlichen Prozesse unterliegt, ebenfalls zu tragen. Die verlangten Zinsen à 5 % sind als eine weitere durch die Vertragsverletzung des Beklagten den Klägern erwachsene Einbuße, denselben von dem Zeitpunkte der betreffenden Auslagen an zu ersetzen, bezüglich der Preisdifferenz erscheint als solcher, resp. als Fälligkeitstermin gemäß der Faktur des E. Burn der 31. Dezember 1884, für die Posten für Fracht und Spesen stellt sich die Mittelskadenz etwa auf Ende September 1884, und hinsichtlich der Gerichtskosten rechtfertigt sich ein mit dem Tage des letzten belgischen Urtheils beginnender Zinstermin. — Das theilweise Unterliegen der Kläger in diesem ganz untergeordneten Punkte kann jedoch offenbar das ihnen als obsiegender Partei gesetzlich zustehende Recht auf Befreiung von den Gerichtskosten und den Anspruch auf Prozeßentschädigung nicht beeinträchtigen.

Schluss:

1. Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin 6584 Fr. 40 nebst Zins à 5 % seit 31. Dezember 1884, ferner 728 Fr. 40 nebst Zins à 5 % seit 30. September 1884 und 338 Fr. 20 nebst Zins à 5 % seit 3. Februar 1885 zu bezahlen.
2. Die Staatsgebühr ist auf 250 Fr. festgesetzt.
3. Die Kosten sind dem Beklagten aufgelegt.
4. Derselbe hat dem Kläger eine Prozeßentschädigung von 150 Fr. zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Art. 811 des O.-R.

Die Gewerbebank Zürich als Genossenschaft. Konkurs eines Genossenschaftsmitgliedes. Pfandansprache einzelner Gläubiger desselben an einem ihm angeblich zustehenden Antheil am Genossenschaftsvermögen (Auszug aus einem Entscheid der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 31. Dezember 1886).

Die Gewerbebank Zürich meldete im Konkurse eines ihrer Mitglieder eine Wechselregreßforderung von 975 Fr. nebst 6 % Zins seit 15. Juli 1886 und Kosten an, mit dem Bemerken, daß gemäß § 3 der Statuten von dieser Forderung der Stammgutantheil des Konkursiten mit 510 Fr. 30 Rp. in Abrechnung falle, sodaß ihr noch 464 Fr. 70 Rp. nebst Zins und Kosten zukommen. Es handelte sich um einen Eigenwechsel, den der Cridar ausgestellt, aber mit Protest hatte zurückgehen lassen und den die Gewerbebank gegenüber der letzten Inhaberin hat einlösen müssen. Die Ansprache wurde von zwei Brüdern des Cridaren, die ebenfalls Konkursgläubiger waren, bestritten. Sie machten geltend, daß Ansprecherin im Momente des Konkursausbruches nicht mehr Inhaberin der angemeldeten Wechselforderung gewesen, sondern ihr unmittelbarer Vormann und Indoßant durch Zahlung der Regreßsumme Gläubiger geworden sei und dann erst nach Konkursausbruch den Wechsel wieder zurückgegeben habe, damit die Gewerbebank auf dem Stammguthaben Deckung suchen könne, was nach Art. 136, Zif. 1 des O.-R. unzuläßig sei. Die von der Ansprecherin geltend gemachte Compensation mit dem Stammguthaben sei auch deßhalb zu verwerfen, weil ihnen an dem letztern durch Uebergabe des betreffenden Spaarbüchleins ein Faustpfandrecht bestellt worden sei.

Beide Instanzen hießen die Forderung der Ansprecherin gut und schützten auch das geltend gemachte Compensationsrecht.

Gründe:

1. Die Rekursgegnerin (Gewerbebank) ist wechselmäßige Inhaberin des Wechsels und daher zur Geltendmachung desselben legitimirt; wenn auch Graf (ihr Indoßant) mit dem Wechselbetrag vorsorglich belastet worden sein sollte, so hebt diese Deckung das Wechselrecht des Inhabers nicht auf, ja selbst wenn Graf bezahlt haben sollte, so sind die Wechselansprüche nicht ohne Weiteres auf ihn übergegangen, sondern er hätte lediglich ein Klagerecht auf Uebertragung des Besitzes am Wechsel. Dieses Recht eines Dritten auch nur einredeweise geltend zu machen, sind die Rekurrenten so wenig als der Konkursit selber berechtigt und es ist daher zu sagen, daß der Geltendmachung des Wechsels weder wechselrechtliche Einreden, noch Einreden, die der Schuldner persönlich gegenüber dem Wechselinhaber hat, entgegenstehen (Art. 811 des O.-R. und Erläuterung von Hafner hiezu).

2. Auch in Bezug auf das Compensationsrecht ist der erstinstanzliche Entscheid zu bestätigen. Die Gewerbebank ist nach dem Wortlaut und Sinn ihrer Statuten eine Genossenschaft. Das Wesen derselben besteht im Gegensatz zu den Aktiengesellschaften darin, daß die Mitgliedschaft eine persönliche ist und nicht durch Veräußerung des Mitgliedschaftsrechtes übertragen werden kann. (Art. 683 u. 684 des O.-R. und § 2 u. 3 der Statuten.) Sodann hat ein Genossenschafter während der Dauer seiner Mitgliedschaft keine Forderung an die Genossenschaft auf Rückzahlung seiner Einlagen. Diese Einlagen bilden vielmehr das Vermögen der Genossenschaft, dessen Theilung auch nicht verlangt werden kann (Art. 694 des O.-R. und § 3 der Statuten). Nach Art. 687 des O.-R. bestimmen die Statuten, ob überhaupt und eventuell welche Rechte einem ausscheidenden Mitglied am Genossenschaftsvermögen zustehen. Nach § 2 der Statuten ist es dem Vorstand ausnahmsweise gestattet, in Folge Konkurses die Entlassung eines Mitgliedes und Auszahlung von dessen Stammantheil unter Abzug allfälliger Verbindlichkeiten zu verfügen; die Forderung des Ausscheidenden entsteht also erst durch den Beschluß des Vorstandes bezw. der Generalversammlung und zwar nicht etwa im vollen Betrag seiner Einlagen, sondern in einem

Betrag, der gefunden wird, wenn vom Stammgutantheil der Betrag seiner Verpflichtungen in Abzug gebracht wird. Uebersteigen letztere den Betrag des Stammgutes, so entsteht eben gar keine Forderung und dies ist im vorliegenden Falle unzweifelhaft eingetreten.

3. Dem Rechte der Gewerbebank steht übrigens auch nicht etwa irgend ein aus gutgläubigem Pfandbesitz entstandenes Recht vor. Allerdings konnte der Konkursit nach Art. 694 dasjenige verpfänden, was er an Zinsen, Dividenden und Antheilen im Liquidationsfalle zu fordern berechtigt war, allein abgesehen von der oben erörterten Frage, was er im Liquidationsfall zu fordern berechtigt gewesen sei, steht fest, daß die Verpfändung dieser Forderungen nicht durch Uebergabe der Mitgliedschaftsurkunde, sondern nur in der Form der Verpfändung gewöhnlicher Forderungen geschehen konnte und daß diese Formen beobachtet worden seien, ist nirgends behauptet worden. (Art. 215 des O.-R.)

Verkauf einer zahnärztlichen Praxis.

Streit über den Inhalt der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen. Unterschied zwischen Zahnarzt und Zahntechniker etc.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 18. Januar 1887

in Sachen

Weber c. *Gschwend.*

In Uster ptaktizirte s. Z. vom November 1880 bis im Frühjahr 1884 ein Gottlieb Weber als Zahntechniker. Am 11. März 1884 schloß derselbe sodann mit Conrad Gschwend folgenden Vertrag ab:

1. Weber übergibt an Gschwend seine in Uster innegehabte *zahnärztliche* Praxis unter der Versprechung, ihm im ganzen *Bezirk* Uster niemals Konkurrenz zu machen weder durch ihn noch durch andere Namen.

2. Gschwend entschädigt Weber für die Praxis mit 400 Fr., welche Summe in zwei Raten zu entrichten ist und zwar die erste Hälfte mit Antritt der Praxis und die zweite Hälfte am 1. Oktober 1884.

3. Der Antritt soll spätestens am 1. Mai stattfinden.

Am 15. April ließ sich Gschwend in Uster nieder und am 24. gleichen Monats zog Weber daselbst fort nach Romanshorn, wo er heute noch als Zahntechniker praktizirt. Seinem Nachfolger scheint es in Uster nicht sehr gut gegangen zu sein, denn schon im August 1884 verließ er diesen Platz wieder und zog nach Außersihl. Nun wollte er aber auch den Kaufpreis von 400 Fr. nicht bezahlen und es kam deßwegen schließlich gegen Ende 1886 zum Prozeß. Der Beklagte schützte vor, Kläger sei gar nicht Zahnarzt, sondern nur Zahntechniker, er habe deßhalb auch keine zahn*ärztliche* Praxis gehabt und folglich keine solche verkaufen können, Gegenstand des Vertrages sei also eine *unmögliche* Leistung und dieser Umstand habe die Ungültigkeit desselben zur Folge, weßhalb auch die daraus abgeleitete Kaufpreisklage verworfen werden müßte. (Art. 17 des O.-R.) Aber auch sonst habe Kläger seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllt, indem er ihm weder ein Kundenverzeichniß noch die Modelle übergeben und ihn auch denjenigen Kunden, die er zur Zeit des Vertragsabschlußes in Behandlung gehabt, nicht persönlich vorgestellt habe. Der Kläger bestritt, daß ein Unterschied bestehe zwischen einem Zahnarzt und einem Zahntechniker und behauptete, es habe Beklagter sehr wohl gewußt, daß seine Praxis nur eine zahntechnische sei, und sein Wille sei aus dem einfachen Grunde auch nur auf den Erwerb einer solchen gegangen, weil er selbst nur Zahntechniker sei. Ein Kundenverzeichniß und gar Modelle zu übergeben, sei er nicht verpflichtet gewesen und vorgestellt habe er den Beklagten verschiedenen Personen. Eine Pflicht dazu sei ihm übrigens nicht obgelegen und es habe denn auch Gschwend niemals weder in dieser noch in andern Richtungen wegen ungenügender Vertragserfüllung reklamirt. Die Behauptung, daß er selbst nur Zahntechniker sei, wurde vom Beklagten nie bestritten.

Beide Instanzen verurtheilten denselben

zur Zahlung des eingeklagten Kaufpreises von 400 Fr.

Gründe:

1. Da der Kläger vom Beklagten Bezahlung der zwei Kaufspreisraten von je 200 Fr. auf Grund des Vertrages vom 11. März 1884 fordert, also auf Erfüllung des letztern klagt, der Beklagte aber der Klage die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhält, so hat der Kläger gemäß Art. 95 des O.-R. zu beweisen, daß er seinerseits bereits erfüllt habe, indem die ihm obliegende Erfüllung der vom Beklagten versprochenen Gegenleistung vorauszugehen hatte.

2. Die Frage, ob dieser dem Kläger obliegende Beweis geführt sei, bestimmt sich ausschließlich nach dem Inhalt der von ihm gemäß Vertrag übernommenen Verpflichtungen. Leistungen, deren Erfüllung der Beklagte beim Abschluß des Vertrages stillschweigend erwartet hat, die ihm aber im Vertrage selbst nicht als Inhalt von Verpflichtungen des Klägers zugesichert worden sind, fallen außer Betracht, es sei denn, daß dieselben im Hinblick auf die Natur des in Frage stehenden Kaufvertrages von den Kontrahenden als selbstverständlich betrachtet worden sind und aus diesem Grunde in der Vertragsurkunde keine besondere Erwähnung finden.

3. Gegenstand des vorliegenden Vertrages bildet nun die Uebertragung der bisher vom Kläger in Uster betriebenen zahnärztlichen Praxis an den Kläger und diese sollte in der Weise stattfinden, daß Kläger gegenüber dem Beklagten sich verpflichtete, von nun an den Beruf eines Zahnarztes im Bezirke Uster nicht mehr zu betreiben und auch nicht durch einen Dritten auf seine Rechnung ausüben zu lassen. Inhalt des vertraglichen Versprechens des Klägers war also die Unterlassung einer bisherigen, genau definirten, einen vermögensrechtlichen Wert in sich schliessenden Thätigkeit des Klägers in einem bestimmten lokalen Rayon und wenn feststeht, daß der Kläger vom Zeitpunkt an, in welchem der Vertrag zum Abschluß gelangt ist, bis zur Erhebung der Klage diese auf ein Nichtthun gerichtete Verpflichtung in allen Beziehungen erfüllt und hiemit dem Beklagten die Möglichkeit gewährt hat, an seiner, des Klägers Stelle, die von ihm aufgegebene berufliche Thätigkeit auszuüben, so hat derselbe Alles ihm nach Vertrag Obliegende gethan und darf auch seinerseits den Beklagten zur Erfüllung anhalten.

5. Nun ist unbestritten, daß der Kläger, noch bevor der Vertrag in Kraft treten sollte, Uster verlassen und sich in Romanshorn angesiedelt hat und es wird auch vom Beklagten nicht behauptet, daß Kläger sich seither vorübergehend in Uster aufgehalten und zeitweise seine frühern Funktionen als Zahnarzt ausgeübt habe oder daß dieß durch einen Dritten auf seinen Namen und seine Rechnung geschehen sei. Es ist somit die vertragliche Voraussetzung der Fälligkeit des Zahlungsversprechens des Beklagten erfüllt, soweit die vom Kläger übernommene Verpflichtung in Betracht kommt.

5. Sämmtliche übrigen Einwendungen des Beklagten stützen sich auf die nicht zutreffende Behauptung, daß Kläger die Erfüllung der betreffenden Leistungen geschuldet, dieselbe aber unterlassen habe und daß dadurch seine, des Beklagten Verpflichtung hinfällig geworden sei. Alle im Einzelnen vom Beklagten aufgeführten dießbezüglichen Leistungen sind ihm im Vertrage nicht zugesichert, sie waren aber auch zwischen den Kontrahenten nicht stillschweigend verstanden. Die Modelle brauchte Kläger in seinem neuen Wirkungskreis gerade so gut wie im alten und es bedürfte deßhalb einer *ausdrücklichen* Willenserklärung, um annehmen zu können, er habe dieselben verkaufen wollen und was die Vorstellung gegenüber den Kunden und die Anfertigung des Kundenverzeichnisses betrifft, so sind das Leistungen, gegen deren Uebernahme durch den Kläger die besondere Art des Verkehrs zwischen dem Zahnarzt und seinen Kunden sowie der Umstand spricht, daß es jenem gar nicht möglich gewesen wäre, dem Beklagten dadurch alle Patienten zuzuführen, die er bisher im Bezirke Uster behandelt hatte. Wie vom Kläger richtig ausgeführt worden ist, unterscheidet sich nämlich der Beruf eines Zahnarztes insofern wesentlich von dem Berufe eines eigentlichen

Arztes, als der Erstere die an den Zähnen Leidenden oder sonst der zahnärztlichen Hülfe Bedürftigen nicht in ihren Wohnungen zu besuchen pflegt, sondern zu bestimmten Stunden in seiner Wohnung Patienten empfängt, ihnen Rath ertheilt und zahnärztliche Operationen oder sonst berufliche Funktionen an ihnen vornimmt. Ein Zahnarzt kennt also den Namen und die Zahl der einzelnen bei ihm Hülfe suchenden Personen nicht immer so genau, daß er in den Stand gesetzt wäre, seinem Nachfolger in der Ausübung der zahnärztlichen Praxis in einem bestimmten Bezirke hierauf bezügliche sichere Aufschlüsse zu ertheilen. Dem Beklagten war es ja auch unbenommen, die Einwohnerschaft des Bezirkes Uster von dem geschlossenen Kaufvertrag in Kenntniß zu setzen und zu diesem Zwecke den Kläger zu ersuchen, eine hierauf bezügliche, von beiden unterzeichnete Erklärung zu veröffentlichen und wenn er dieß unterlassen und hiemit das Nächstliegendste versäumt hat, um sich die aus dem Vertrag erhofften vermögensrechtlichen Vortheile zu sichern, so steht ihm dann nicht nachträglich das Recht zu, sich über ein angeblich dem Kläger zur Last fallendes vertragswidriges Verhalten zu beschweren und dasselbe zum Ausgangspunkt seiner Zahlungsverweigerung zu machen. Ueberhaupt muß es auffallen, daß der Beklagte nie irgend welche rechtlichen Schritte gethan hat, um den Kläger zur Erfüllung der angeblich von ihm übernommenen Verpflichtungen anzuhalten, daß es ihm nie eingefallen ist, demselben gemäß Art. 122 des O.-R. eine gerichtliche Frist zur nachträglichen Erfüllung unter der Androhung ansetzen zu lassen, daß mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei und daß sogar nicht einmal private Reklamationen und Mahnungen stattgefunden haben. Auch aus der Unterlassung eines jeglichen derartigen Schrittes darf unbedenklich gefolgert werden, daß die Willensmeinung des Beklagten selbst nicht dahin gegangen ist, daß dem Kläger außer dem thatsächlichen Verzicht auf die Ausübung der zahnärztlichen Praxis im Bezirke Uster auch noch die andern, im gegenwärtigen Prozeß geltend gemachten, mehr positiven Leistungen obgelegen haben, sondern diese jetzt nur künstlich in das Vertragsverhältniß hineingetragen werden sollen, um sich der Zahlungspflicht zu entziehen.

6. Wenn endlich der Beklagte einwendet, der Kläger habe ihm eine unmögliche Leistung versprochen, weil er selbst nicht eigentlicher Zahnarzt, sondern nur Zahntechniker sei, so ist darauf zu erwiedern: Der Vertrag spricht allerdings von der Abtretung einer zahn*ärztlichen* Praxis, allein wenn auch angenommen wird, der Kläger habe nur eine zahntechnische gehabt, so ist doch ganz klar, daß nichts Anderes verkauft werden wollte als die Praxis, wie sie eben dem Kläger damals zustand und diese zu übertragen war möglich und ist auch übertragen worden, weßhalb nicht von Ungültigkeit der Obligation wegen Unmöglichkeit der Leistung gesprochen werden kann. Eine andere Frage ist dagegen die, ob der Kläger den Beklagten nicht über die Natur und den Inhalt des Kaufsgegenstandes d. h. der von ihm innegehabten und verkauften Praxis getäuscht oder ob der letztere dießfalls sich nicht immerhin in einem wesentlichen Irrthum befunden habe, der ihn zur Vertragsanfechtung berechtigen würde. Indessen darf auch darauf ohne alles Bedenken eine verneinende Antwort gegeben werden und ist somit nicht nöthig, auf die weitere Frage einzutreten, ob die Anfechtung des Vertrages aus diesen Gesichtspunkten nicht verjährt wäre (Art. 28 des O.-R.) und ob es sich um einen wesentlichen oder unwesentlichen Irrthum (einen error in corpore, in quantitate, Art. 19, Ziff. 2 3 und 4 oder nur im Beweggrund, Art. 21) handeln würde. Es besteht allerdings ein gewisser Unterschied zwischen dem Berufe eines Zahnarztes und demjenigen eines Zahntechnikers und zwar ist derselbe für den Kanton Zürich durch die Verordnung vom 15. Mai 1880 betreffend die Prüfung und Patentirung von Zahnärzten und Zahntechnikern im Wesentlichen dahin getroffen, daß erstere im Gegensatz zu letztern sich nicht blos technischer, sondern auch medizinischer Hülfsmittel bedienen dürfen (Offz. S. Bd. 20, S. 158). Allein nicht nur war dem Beklagten, der persönlich mit dem Klä-

ger unterhandelte, unzweifelhaft bekannt, daß dieser bloß Zahntechniker sei, sondern vor Allem aus auch, daß er selbst, wie weder erst- noch zweitinstanzlich bestritten wurde, nur diesen Beruf verstehe, daß nun aber unter diesen Umständen nicht angenommen werden kann, sein Wille sei auf Erwerbung der Praxis eines Zahn*arztes* gegangen, dürfte selbstverständlich sein.

Honoraranspruch eines Liegenschaften-Agenten.

Derselbe wird gegenüber dem Kaufliebhaber nicht schon dadurch begründet, daß dieser mit dem Agenten bezüglich einer demselben zum Verkauf übergebenen Liegenschaft in Unterhandlung tritt, sondern erfordert zu seiner Entstehung eines besondern Auftrages des Kaufliebhabers, unter möglichster Wahrung seiner Interessen für ihn zu kaufen, indem andernfalls davon auszugehen ist, der Agent habe lediglich in Erfüllung des *Verkaufs*auftrages gehandelt.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 29. Januar 1887.)

Ein deutscher Rentier wünschte in der Schweiz ein Herrschaftsgut anzukaufen und wandte sich deßhalb am 7. August 1883 an einen Liegenschaftenagenten in Rorschach mit der Anfrage, ob er eine Liegenschaft nach gegebener Beschreibung auf Lager habe. Dieser antwortete mit Brief vom 9. August, indem er verschiedene Objekte bezeichnete und den Einfragsteller einlud, behufs deren Beaugenscheinigung nach der Schweiz zu kommen. Schon damals war ihm der Verkauf der Villa eines Herrn Schöttle übertragen und er offerirte dem Einfragsteller schließlich auch dieses Objekt. Die beiden traten in Kaufsunterhandlungen, welche eine Zeit lang fortgesetzt wurden, sich dann aber zerschlugen. Später kaufte der Rentier den Goldenberg in Hombrechtikon und wurde nun von jenem Agenten auf Bezahlung eines Honorars und Ersatz von Auslagen belangt. Der Einzelrichter fand den Anspruch im Princip begründet und setzte das Quantitativ auf 100 Fr. fest. Auf erfolgte Nichtigkeitsbeschwerde hob jedoch die Appellationskammer das angefochtene Erkenntniß auf und schützte den Anspruch nur im Betrage von 15 Fr.

Gründe:

1. Der Brief des Kassationsklägers vom 7. August 1883 enthielt den Auftrag, ihm über passende Kaufsobjekte Mittheilung zu machen und wenn der Kassationsbeklagte diesen Auftrag erfüllte, indem er jenem mit Brief vom 9. August solche Objekte bezeichnete und ihn einlud, behufs Beaugenscheinigung nach der Schweiz zu kommen, so handelte er als sein Mandatar und es gebührt ihm hiefür gemäß Art. 392 des O.-R. ein Honorar. Allein wenn die Parteien hernach bezüglich des Ankaufs der Villa eines Herrn Schöttle, mit deren Verkauf der Kassationsbeklagte bereits beauftragt war, in Kaufsunterhandlungen traten, so handelte der letztere von da an nicht mehr als Mandatar des Kassationsklägers, sondern nur noch als solcher des Schöttle und wenn die Vorinstanz sagt, es liege ebenfalls ein, wenn auch nicht ausdrücklicher, so doch stillschweigender Auftrag des Angesprochenen vor, für ihn diesen Kauf mit Schöttle zu vermitteln und hierauf gestützt die Forderung des Kassationsbeklagten aus Mandat im Betrage von 100 Fr. gutheißt, so geht sie von einer aktenwidrigen Annahme aus und es ist die gegen ihr Erkenntniß erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gestützt auf § 704 Ziff. 7 des Rechtspflegegesetzes begründet.

2. Es ist nämlich absolut unmöglich, auch mit der freiesten Interpretation einen solchen stillschweigenden Aufrag aus dem Benehmen des Kassationsklägers herauszufinden. Der Kassationsbeklagte hat nie bestritten, daß er schon vor der Anfrage des Kassationsklägers von Schöttle mit dem Verkauf seiner Villa beauftragt war und wenn es nun auch nicht unmöglich ist, daß ein Liegenschaftenagent auch noch vom Kaufliebhaber ein bestimmtes Mandat zum Ankauf einer Liegenschaft erhält, mit deren Verkauf er schon vorher beauftragt war, so muß dieß doch als eine Ausnahme betrachtet werden, für welche ein strikter Nachweis zu erbringen ist. Ein sol-

cher ist aber nicht im Entferntesten geleistet, denn daß der Kassationskläger mit dem Kassationsbeklagten als Mandatar des Schöttle in Kaufsunterhandlungen über die Villa des letztern getreten ist, schließt selbstverständlich nicht den Auftrag in sich, die fragliche Villa für ihn, d. h. unter möglichster Wahrung seiner eigenen Interessen anzukaufen.

3. In der Vorinstanz hat der Kassationsbeklagte nicht bestritten, daß er für seine Bemühungen und Auslagen bei der fraglichen Kaufsvermittlung von Schöttle bezahlt worden sei. In der Kassationsinstanz bestreitet er dieß und behauptet, gar keinen Anspruch auf Vergütung gegenüber Schöttle zu besitzen. Allein gesetzt auch, letzteres wäre richtig, so ist dieß kein Rechtsgrund, um den Kassationskläger für die Vergütung verantwortlich zu machen. Uebrigens hat eben ein Liegenschaftenagent, wenn er sich nur für den Fall erfolgreicher Vermittlung ein Honorar zusichern läßt, erfolglose Bemühungen resp. Auslagen an sich zu tragen, wie er ja auch umgekehrt im Falle des Gelingens seiner Bemühungen ein oft weit über das Angemessene hinaus gehendes Honorar beanspruchen darf.

4. Die Entschädigung für die auf die erste Anfrage des Beklagten ertheilte Auskunft ist nach richterlichem Ermessen auf 15 Fr. zu veranschlagen und daher die Forderung des Kassationsbeklagten in diesem Betrage gutzuheißen, bezüglich des Mehrbetrages dagegen zu verwerfen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. März 1887. VI. Band. № 5.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 28. Januar 1887
in Sachen
G. L. Tobler & Cie. in St. Gallen, Kläger,
gegen
H. Schwarz in Zürich, Beklagten,
betr. Werkvertrag.

Natur des Vertrages zwischen dem Zeitungsverleger und dem Inserenten.

Benutzung der vom Inserenten zur Anbringung von Illustrationen empfangenen Clichés durch den Zeitungsverleger für andere als die aufgegebenen Inserate und daraus abgeleitete vertragliche und außervertragliche Ansprüche des erstern.

Streitfragen:

1. Ist der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag als aufgehoben zu erklären und dem Beklagten zu untersagen, die klägerischen Clichés für seine eigenen Zeitungsannoncen zu verwenden?

2. Ist der Beklagte verpflichtet, dem Kläger zu bezahlen:
a) Fr. 160 als Rückvergütung von Insertionskosten nebst Zins à 5 % von deren Einzahlung an;
b) Fr. 104. 10 Rp. als Kosten der Clichés nebst Zins à 5 % seit 10. März 1885;
c) Fr. 500 als Schadenersatz.

3. Ist das Urtheil auf Kosten des Beklagten zu publiziren?

Thatsächliches:

A. Unterm 1. Mai 1885 machte die Firma Wenner, Schwarz & Gutmann in Zürich den Klägern die Offerte, eine Annonce der letzteren über Flaschenzüge in der von jenen herausgegebenen Fachzeitung „Schweizerisches Offertenblatt für Erzeugnisse des Maschinenfaches" erscheinen zu lassen, gegen einen gewissen Insertionspreis; zugleich ersuchten sie die Kläger „um Vormerkung ihres Rabattes für sie als Wiederverkäufer". Jene Offerte wurde von den Klägern angenommen, und das Inserat erschien dann in genannter Zeitung; dasselbe bestand in der Ankündigung zweier Arten Differenzial-Flaschenzüge, nämlich solcher mit Kette, Patent Weston, und solcher mit Seil, Patent Roy, beigedruckt wurden zwei diese beiden Maschinen veranschaulichende Zeichnungen, zu denen die Kläger die „Clichés" unterm 12. Juni 1885

(laut Brief von diesem Tage) einsandten. Auf die zweite Anfrage antworteten die Kläger mit Brief vom 2. Mai 1885, indem sie ihre Preisliste übermittelten, dahin, daß sie Wenner, Schwarz & Gutmann für den Wiederverkauf den höchstmöglichsten Rabatt von 15 % einräumten.

B. Die genannte Firma hatte außer der genannten Zeitung noch zwei weitere in ihrem Verlag, nämlich den „Indicateur mécanique industriel“ und das „Foglio d'annunzi meccanico-industriale“, beides reine Annoncen-Blätter, ersteres zunächst in Zürich, später, vom Juli 1885 in Paris, letzteres in Genua erscheinend. — Unterm 15. Januar 1886 zeigten Wenner, Schwarz & Gutmann ihren Kunden an, daß sie die genannten drei Zeitungen ihrem Associé Schwarz zu alleinigem Eigenthum übertragen haben, und bald nachher trat die Firma in Liquidation, am 15. April 1886 löste sie sich auf.

C. H. Schwarz, der heutige Beklagte, erhielt dann im August 1886 von den Klägern den Auftrag, jene Flaschenzug-Annonce 12 Male im Offertenblatt für Erzeugnisse des Maschinenfaches und 24 Male in dem von Schwarz damals eben gegründeten und von ihm herausgegebenen „Offerten-Blatt für Bauartikel“ zu publiziren; dafür zahlten die Kläger unterm 6. August eine Insertionsgebühr von Fr. 160. — Sämmtliche genannten Zeitungen werden laut Angabe im Titel derselben an die dafür interessirten Firmen gratis versandt, im Indicateur ist als Verbreitungsgebiet auch die französische Schweiz genannt.

D. Der Beklagte ist fernerhin Inhaber eines Maschinen-Verkaufslagers in Paris, das er „Aux usines Suisses“ benennt, Flaschenzüge hält er darin nach Angabe seines Anwaltes nicht. Derselbe verwendete dann den Indicateur dazu, in eigenem Namen Differenzial-Flaschenzüge, System Weston, zum Verkaufe anzukündigen, und dieser Annonce druckte er nun die von den Klägern benutzten zwei Holzschnitte bei, deren einer jene Flaschenzüge, der andere aber die des Patent Roy darstellt; dabei fügte er eine Preisliste hinzu, welche nach Behauptung der Kläger billigere Ansätze, als ihre eigenen enthält. Dieses Inserat erwähnte die klägerische Firma mit keinem Worte, dasselbe lautete im Indicateur, Jahrgang 1885 Nr. 20 und 21 und 1886 Nr. 3 u. 4 auf die Firma „Aux usines Suisses“, später in Nr. 5 u. 6 auf die Firma Hans Schwarz & Cie. und endlich in Nr. 7 bis 13 und Nr. 16, 17 und 19 auf den Namen des Beklagten. — Flaschenzüge des Systems Weston wurden ferner auch von A. Claves in Paris im Indicateur annoncirt (Jahrgang 1885 Nr. 3—6), indeß mit einer andern Holzschnitt-Illustration. — Im Offertenblatt für Bauartikel, Nr. 4 vom 7. Oktober 1886 und Nr. 5 vom 22. Oktober 1886, welche Nummern die klägerische Annonce enthielten, ließ der Beklagte für sein Geschäft „Usines Suisses“ ebenfalls eine Anpreisung von Flaschenzügen, indeß von ganz anderm System erscheinen, unter Beifügung eines dasselbe illustrirenden Holzschnittes; dabei wird erklärt, daß diese Sorte 6 bis 10 Mal rascher arbeite, als solche anderer Systeme, z. B. Weston.

E. Die Kläger erklären, diese Verwendung ihres Holzschnittes sei ohne ihre Erlaubniß, gegen ihren Willen und hinter ihrem Rücken erfolgt. Der Indicateur sei ihnen vom Beklagten geflissentlich nicht zugeschickt worden, während manche Firmen der deutschen Schweiz ihn erhalten, z. B. Escher, Wyss & Cie. in Zürich. (Diese sind Inserenten, s. Jahrgang 1886 Nr. 21, 22 und 24.) Am 4. Oktober 1886 sei ihnen nun von ihrem Geschäftsfreund Clavel in Paris eine Nummer übermittelt worden, in der sie zu ihrem größten Erstaunen das Pariser-Inserat des Beklagten mit ihren beiden Holzschnitten erblickt haben. — Die Kläger schrieben sofort an ihren in Zürich weilenden Associé Alfred Winterhalter, er möge den Beklagten über den Mißbrauch der ihm anvertrauten Clichés zur Rede stellen, den Vertrag kündigen, die Clichés zurückverlangen und „diesem saubern Herrn“ anzeigen, daß man ihn „für diese perfide Handlungsweise gerichtlich belangen werde.“ — Winterhalter leistete dem am 8. Oktober Folge, indem er sich im Begleite des Wirthes Habisreutinger als Zeugen auf das Bureau des Beklagten begab, der indessen nicht zu Hause war, und unter Anderm die Clichés innert 24 Stunden zurückverlangte. Die Kläger empfingen dieselben folgenden Tages durch die

Post; sie haben solche im Prozesse vorgelegt, und es ist zu konstatiren, daß es wirklich Clichés sind, d. h. zum Druck verwendbare Platten aus *Metall*, während der Beklagte immer und heute noch behauptet, er habe nur Holzschnitte von den Klägern empfangen und ihnen solche zurückgeschickt, die zum Drucke benöthigten Nachbildungen in Metall, die sogenannten Galvanos habe er von Anfang an selbst angeschafft bei Gebrüder Benziger in Einsiedeln, so daß sie sein Eigenthum seien, gleichwie die später in Paris verwendeten.

F. Der Beklagte erachtete die Kündigung des Inserationsauftrages der Kläger als nicht zulässig und mittelst seiner eigenen Galvanos ließ er das klägerische Inserat in den beiden „Offertenblättern" weiter erscheinen. — Dies veranlaßte die Kläger, sich an ihren heutigen Anwalt in Zürich zu wenden, welcher dem Beklagten ankündigte, daß er wegen dieser „vollständig dolosen Ausbeutung" der anvertrauten Clichés auf Schadensersatz belangt werde. Da jede Partei gütliche Offerten nicht selbst machen wollte, unterblieb eine Verständigung und es kam zum Prozesse.

G. Die Kläger verlangen in erster Linie Aufhebung des Insertionsvertrages, den sie als Dienstvertrag, verbunden mit Mandat, bezeichnen, weil der Beklagte seine Vertragspflicht dolos verletzt habe durch die nach ihrer Ansicht offenbar mißbräuchliche Verwendung ihrer Clichés zu eigenen Zwecken, worin zugleich eine Verletzung ihres Eigenthumsrechtes enthalten sei. Aus dem Recht zur sofortigen Vertragsaufhebung (Art. 346 des O.-R.) leiten die Kläger weiter ihren Anspruch auf Rückerstattung der Insertionsgebühren ab. Im fernern verlangen dieselben Zahlung der Kosten der Clichés, nebst Zins, indem der Beklagte sich hierum ohne rechtmässigen Grund aus ihrem Vermögen bereichert habe; als Betrag dieser Kosten fordern sie, unter Reduktion des Rechtsbegehrens in Streitfrage 2 der Weisung, Fr. 33. 60 Rp. nebst Zins, nämlich Fr. 15. — für 2 Holzschnitte und Fr. 3. 60 Rp. für 2 Galvanos, für welche Auslage sie eine Nota von Orell Füssli & Cie. in Zürich vorlegen. Jenen Betrag erhöhen sie aber wiederum, indem sie verlangen, daß der Beklagte ihnen auch die Kosten der photographischen Aufnahme der Flaschenzüge ersetze, indem letztere zur Herstellung der Holzschnitte erforderlich gewesen sei. Ohne diesfalls eine bestimmte Ziffer zu nennen, legen sie die Nota eines Otto Pfenninger vor, worin 5 Aufnahmen à 4 Fr. und 15 Abzüge à 50 Rp. verrechnet sind, Gesammtbetrag Fr. 27. 50 Rp. — Fernerhin erblicken die Kläger in der Handlungsweise des Beklagten eine concurrence déloyale, welche diesen gemäß Art. 50 ff. des Obl.-R. zu Schadensersatz und Genugthuung verpflichte, und unter diesem Titel fordern sie Fr. 500, indem sie anführen, Ziel des Beklagten sei gewesen, ihnen auf unrechtmäßigem Wege die Kundsame zu entziehen, und das Publikum zum Nachtheile der Kläger zu täuschen und zu verwirren, indem er sich fälschlicher Weise als ihr Vertreter hinzustellen versucht habe. Die von der Klägerin verwendete Zeichnung sei eine Specialität derselben, auf deren Gebrauch Dritte kein Recht haben. Für Angemessenheit des geforderten Betrages werde das richterliche Ermessen angerufen. Außerdem sei dem Beklagten die weitere Verwendung seiner Galvanos zu verbieten und demselben deren Edition an die Kläger aufzugeben. — Endlich verlangen die Kläger, daß die Publikation des Urtheils im ganzen Umfange auf Kosten des Beklagten angeordnet werde, „im Interesse des Verkehrs, um das insertionslustige Publikum vom Benehmen des Beklagten in Kenntniß zu setzen."

H. Der Beklagte bestreitet sämmtliche klägerische Rechtsbegehren. Er setzt in Widerspruch, daß in seinem Benehmen irgend etwas Inkorrektes liege. Auf die beiden Holzschnitte als solche haben die Kläger kein Vorrecht, dieselben seien lediglich Illustrationen, deren Wahl Jedermann freistehe; die Absicht des Beklagten bei deren Aufnahme in den Indicateur sei keine unredliche gewesen, er habe sich als Kommissionär der Klägerin betrachten dürfen und nun bezweckt, durch weitere Verbreitung der Ankündigung sich und damit auch den Klägern Käufer zuzuführen, wodurch er sich eine Provision verschafft hätte; gelungen sei ihm das freilich

nicht, indem keine einzige Bestellung eingegangen sei. Der Kläger habe ihm aber dafür nichts vorzuwerfen, andere Kaufleute seien froh, wenn in dieser Art unentgeltlich für sie Reklame gemacht werde. Die angefochtene Annonce sei lediglich eine Ausfüll-Annonce gewesen, dazu bestimmt, den wegen Mangel an genügenden Insertionsaufträgen noch verbleibenden leeren Raum in der Zeitung auszufüllen, dieses Verfahren gelte überall als erlaubt; Beklagter habe nicht hinter dem Rücken der Kläger gehandelt, sondern selbst diesen die betr. Nummern des Indicateur zugesandt, wofür ihm allerdings die Beweise fehlen. Den Klägern stehe demnach kein Anspruch auf Rückzug des Insertionsauftrages zu und dieser sei daher erst noch zu Ende zu führen, ebensowenig haben sie ein Recht auf Rückzahlung der Insertionsgebühr, jedenfalls nicht für die bis zum 6. Oktober erschienenen Inserate. Eine ungerechtfertigte Bereicherung liege nicht vor, eventuell höchstens für die Kosten der Anfertigung der Holzschnitte, die nicht über Fr. 25 betragen, wogegen dann aber diese abgetreten werden müßten; die Kosten der Photographien seien in der Weisung nicht enthalten. Concurrence déloyale könne nach dem Gesagten nicht angenommen werden, eventuell sei daraus kein Schaden, jedenfalls kein nennenswerther entstanden. Gegen die Editionspflicht und das Verbot der Weiterbenutzung mit Bezug auf die von dem Beklagten angeschafften Galvanos werde opponirt, ebenso endlich gegen die Publikation des Urtheils. Der ganze Prozeß sei lediglich auf den Unwillen der Kläger darüber zurückzuführen, daß der Beklagte ihnen mit Ankündigung vortheilhafterer Flaschenzüge Konkurrenz gemacht habe. — Von den Klägern wird auf Gutheißung, vom Beklagten dagegen auf Abweisung der Klage, unter Kostens- und Entschädigungsfolge angetragen.

Entscheidungsgründe:

1. Das durch den Insertionsauftrag begründete Rechtsverhältniß der Parteien stellt sich dar als Werkvertrag. Als Dienstvertrag kann dasselbe nicht qualifizirt werden; denn dessen Inhalt besteht nicht in der Miethe einer Arbeitskraft und es wird dadurch auch in keiner Weise ein Herrschaftsverhältniß, wie beim Dienstvertrag bewirkt; vielmehr ist der Vertrag auf ein gewisses Arbeitsresultat, das Erscheinenlassen von Inseraten in bestimmten Zeitungen gerichtet. Als Mittel zur Herbeiführung dieses Resultates lieferten die Kläger dem Beklagten Clichés für den Inseraten beizufügende Illustrationen.

2. Die Vertragspflicht des Beklagten bestand darin, die Insertionen gemäß der empfangenen Weisung zu bewerkstelligen und darauf die Clichés wieder dem Kläger abzuliefern. (Obl.-R. Art. 352.) Diese beiden Verpflichtungen sind vom Beklagten unbestrittenermaßen erfüllt worden; damit sind die den Klägern aus dem Vertrage erwachsenen Ansprüche erschöpft, und es kann von einer einseitigen Aufhebung des Vertrages Seitens derselben nicht die Rede sein. Unbegründet ist somit auch das Begehren um Rückerstattung der bezahlten Insertionsgebühren.

3. Bezüglich des weitern Anspruches wegen ungehöriger Bereicherung und auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungsweise ist in thatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, daß der Beklagte allerdings ohne Erlaubniß der Kläger von den ihm von diesen zur Ausführung des Insertionsauftrages zugestellten Clichés sich galvanoplastische Nachbildungen, sog. „Galvano's", verschaffte und diese zu Inseraten auf eigenen Namen, worin er die Flaschenzüge Patent Weston auskündigte, benutzte. Nun ist aber ohne weitere Begründung klar, daß die Kläger kein Vorrecht auf die in Frage kommende Zeichnung haben, da sich diese nicht etwa als Handelsmarke, sondern lediglich als veranschaulichende Darstellung oder Illustration qualifizirt; die Verwendung der Zeichnung an sich konnte dem Beklagten daher jedenfalls nicht verwehrt bleiben. Dagegen frägt es sich, ob die Benutzung der klägerischen Clichés zur Herstellung von Galvanos und die Verwendung der bezüglichen Illustrationen in Verbindung mit der eigenen Annonce des Beklagten rechtswidrig im Sinne des Obligationenrechtes seien. Was nun den Standpunkt der concurrence déloyale anbelangt, so dürfte allerdings Art. 50 des Obligationen-

rechts nicht bloß zivil- oder strafrechtlich unerlaubte, sondern unter Umständen auch vom moralischen Gesichtspunkte aus unzulässige Handlungen im Auge haben. Allein für den Beklagten kommt nicht lediglich in Betracht, daß er eigenmächtig die beklagtischen Holzschnitte für seine eigenen Inserate verwandte, sondern es ist wohl zu berücksichtigen, daß er bezüglich der in Frage stehenden Waare zu den Klägern in das Verhältniß eines eventuellen Käufers und Wiederverkäufers getreten war, wodurch er ein berechtigtes Interesse erhielt, für dieselben Reklame zu machen, und sich in gewissem Sinne, d. h. wenigstens im faktischen Resultate, als Vertreter der Kläger für jenen Artikel ansehen durfte. Der Beklagte konnte daher, weit entfernt, in seinem Vorgehen etwas Unerlaubtes erblicken zu müssen, wohl der Meinung sein, daß er den Klägern dadurch nicht nur nicht schade, sondern zu ihrem Nutzen thätig sei. Demnach ist von einer ihn zum Schadensersatz verpflichtenden unerlaubten Handlung nicht zu reden. Es trifft aber auch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht zu; denn die Verwendung der Clichés der Kläger zur Herstellung von Galvanos wurde von dem Beklagten ebensosehr zum Vortheil der Kläger wie zu seinem eigenen vorgenommen, und für die Kläger fand dadurch keinerlei Vermögenseinbuße statt, vielmehr war der sehr unbedeutende Vermögenswerth, der allenfalls in der modellweisen Benutzung ihrer Clichés erblickt werden kann, wieder ersetzt durch die Gewinn-Chance, die den Klägern durch die Art der Verwendung der nachgebildeten Galvanos erwuchs. — Hieraus folgt die Unstichhaltigkeit sowohl der Bereicherungs- als auch der Schadensersatzklage. Die letzte Streitfrage, betr. Publikation des Urtheils, ist wohl nur für den Fall des Obsiegens der Kläger mit dem ersten Rechtsbegehren als gestellt anzusehen, eventuell aber würde es an einem Rechtsgrunde hiebei absolut mangeln. Auf die Begehren um Edition der vom Beklagten angeschafften Galvanos, sowie, daß ihm verboten werde, sich derselben weiterhin zu bedienen, ist überhaupt nicht einzutreten, weil sie in der Weisung nicht enthalten sind und übrigens wären dieselben auch materiell zu verwerfen.

Schluss:

1. Die Klage ist abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr wird auf 70 Fr. angesetzt.
3. Die Kosten sind den Klägern aufgelegt.
4. Dieselben haben dem Beklagten eine Prozeßentschädigung von 70 Fr. zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Urtheil

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 31. Dezember 1886

in Sachen

Sellisberger & Cie. in Frankfurt a. M.,
Kläger,

gegen

J. Müller-Zollinger, Zähringerstrasse, *Zürich*,
Beklagten,

betr. Kauf.

Bestreitung der Bestellung durch den Beklagten. Beweisfrage.

Streitfrage:

„Ist der Beklagte verpflichtet, die von den Klägern gelieferten und bei Fuog & Schaub in Zürich liegenden 3 Ballen Mattings Nro. 2258/60 anzunehmen und dafür den Kaufpreis mit Fr. 554. 80 Rp. zu bezahlen?"

Thatsächliches:

A. Der Beklagte betreibt seit einigen Jahren einen Laden für Möbel und Bettwaaren, ferner auch Teppiche; letzteren Artikel führt er laut seiner Erklärung erst seit letztem Winter. Die Kläger behaupten, im Januar d. J. habe ihr Reisender Nathan Lehmann den Beklagten besucht und dieser habe demselben damals eine Bestellung für drei Stück Fußteppiche von je 90 Meter Länge, lieferbar im August, aufgegeben. Dies wird vom Beklagten nicht anerkannt und ist Gegenstand des Prozesses.

B. Die Kläger ertheilten dem Beklagten unterm 25. August 1886 Faktur über di-

Waare, die sie bezeichneten als „3 Ballen, enthaltend 3 Stück Mattings,“ und berechneten mit 292 m. à Fr. 1. 90 = Fr. 554. 80 Cts., wobei notirt wurde, daß die Collis durch Vermittlung von Nievergelt & Cie. in Rotterdam und Louis Bärenklau in Mannheim gesandt werden. — Die Faktur nennt als Domizile der Kläger Frankfurt a. M. und Dundee. — Nach Angabe der Parteien ging die Waare am 11. September von Mannheim ab und langte am 22. Sept. in Zürich an, im Frachtbrief sei dieselbe als „Fußteppiche aus Jute“ bezeichnet gewesen, diese Urkunde liegt aber nicht vor. Die Kläger erklären, die Sendung sei aus Dundee gekommen und dort Ende August abgegangen. Der Beklagte verweigerte aber, ohne die Ballen zu öffnen, deren Annahme, weil er nichts bestellt habe, und dieselben wurden in der Folge bei Fuog & Schaub deponirt, wo sie jetzt noch liegen. — Nachdem die Kläger hievon unterm 1. Oktober durch ihren Spediteur Bärenklau in Mannheim Kenntniß erhalten, stellten sie mit Brief vom 2. gl. Mts. den Beklagten über seine „überraschende“ Annahmeverweigerung zur Rede, die auf „Irrthum“ beruhen müsse, da er die Bestellung ja im Januar ihrem Dundee-Vertreter aufgegeben habe und sie auch Commissionskopie darüber besitzen; sie verlangten die Annahme der Sendung.

Mit Korrespondenzkarte vom 4. Oktober antwortete darauf der Beklagte: „Bezüglich Ihrer Zuschrift vom 2. Oktober habe Ihnen zu erwidern, daß ich durchaus keine solche Waare bestellt habe, und habe sie deßhalb auch refüsirt. Von einer Kommissionskopie finde ich nichts, und zudem, wenn ich auf eine Zeit Waare bestelle, muß sie auch pünktlich eintreffen und habe also zum Voraus Wissen davon.“ — Die Kläger erneuerten ihr Begehren um Annahme mit Zuschrift vom 5. Oktober, indem sie darauf beharrten, daß die Bestellung erfolgt sei, und neu anführten, ihr Reisender Lehmann erkläre, daß der Beklagte, nachdem ihm Proben vorgelegt worden, im Beisein seiner Tochter bestellt habe. — Der Beklagte verblieb aber bei seiner Bestreitung, und es kam daher zum Prozesse.

C. In der Hauptverhandlung führten die Kläger noch an: Der Beklagte habe die Bestellung in Gegenwart seiner Frau und Tochter aufgegeben, Lehmann habe ihm dann eine Kommissions-Kopie übergeben, und der Beklagte habe die Bestellung darauf in einem hervorgeholten Buch eingeschrieben. Eine weitere Kopie der Kommission habe der Reisende seinem Hause behufs Effektuirung übersandt; diese wurde zu den Akten gegeben, sie bezeichnet die Waare nach Zahl, Stück-Länge und Stück-Breite, Dessin-Nummer, Preis und Zahlungsbedingungen; als Lieferzeit ist der August genannt. — Der Beklagte erklärte bei persönlicher Befragung, er kenne das klägerische Haus gar nicht und erinnere sich in keiner Weise, daß ein Reisender desselben bei ihm gewesen sei, auch seine Leute können sich dessen nicht erinnern. Es sei nicht wahr, daß er eine Kommissionskopie empfangen und die Bestellung in ein Büchlein eingeschrieben habe. Er führe zwar ein solches, da er aber meist mit den gleichen Leuten verkehre, die er dann schon kenne, werden nur ausnahmsweise Bestellungen in dasselbe eingetragen und dann stets von der Hand des Reisenden (der Beklagte legte dieses Büchlein vor, dasselbe enthält nur wenige Bestellungen per Jahr, die von den betreffenden Reisenden notirt und unterzeichnet sind; die streitige Ordre findet sich darin nicht). Der Beklagte erklärte weiter, er sei früher beim Zugspersonal der Nordostbahn angestellt gewesen, diesen Dienst habe er aus Gesundheitsrücksichten verlassen; sein Geschäft besorge er mit Hülfe seiner Frau und Tochter, von denen erstere auch die Unterschrift habe, Morgens sei meist er im Laden, Nachmittags auch die Frau und Tochter. Als er die Faktur erhalten, habe er dieselbe zurückschicken wollen, da weder er noch seine Leute sich an eine Bestellung irgendwie haben erinnern können und sie auch gar nicht gewußt haben, was „Mattings“ sei; seine Frau habe dann bemerkt, man wisse doch nicht recht, was es damit sei, er solle deßhalb die Faktur behalten, bis die Waare ankomme und dann sehen, was es sei; dies habe ihn bewogen, die Faktur zurückzubehalten.

D. Auf Begehren der Kläger wurde ihr Reisender Nathan Lehmann als Zeuge einvernommen, und zwar, da jene erklärten, er

komme in nächster Zeit nicht hieher, an seinem Wohnort, Frankfurt a. M. — Derselbe deponirte: Im Januar d. J. habe er zum ersten Male die beklagte Firma besucht; in ihrem Geschäftslokale sei er von einem ihm persönlich nicht bekannten Herrn empfangen und nach gepflogener Rücksprache dahin beschieden worden, er möchte gleichen Tages mit seinen Mustern wieder kommen. Dies sei dann geschehen, er habe dem nämlichen Herrn die Muster vorgewiesen, dieser habe dann eine Dame, die er seine Frau genannt habe, herbeigeholt, damit sie die Dessins auswähle. Zeuge habe daher angenommen, der Herr sei der Geschäftsinhaber. Dieser habe ihn, nachdem eine oberflächliche Auswahl stattgefunden, ersucht, noch etwas zu warten, da er seine Tochter holen wolle, die betreffend Wahl der Dessins die Hauptperson sei. Bald sei dann eine junge Dame erschienen, und nach Besichtigung der Muster habe sie ihm eine Bestellung auf 3 Jute-Läufer, sog. Mattings, aufgegeben; über diese Ordre habe er auf einem ihm vorgelegten Papier eine Kommissionskopie angefertigt und soviel er sich erinnere, unterzeichnet; eine solche habe er später auch an sein Haus gesandt. Nach Vorlage des vom Beklagten eingelegten Kommissionsbüchleins äußerte sich der Zeuge, er wisse nicht mehr ganz genau, ob er die Kommission in ein Buch oder auf ein einzelnes Blatt geschrieben habe, soviel sei aber sicher, daß er den Auftrag durch eine Kopie fixirt habe, die von der Tochter in Empfang genommen und geprüft worden sei.

E. Der Anwalt der Kläger führte aus, daß in diesem Zeugniß in Verbindung mit dem Benehmen des Beklagten, insbesondere dem stillschweigenden Behalten der Faktur und ferner den Akten, speziell der Kommissionskopie und der Korrespondenzkarte vom 4. Oktober, welch letztere unlösliche Widersprüche enthalte, der Beweis der Bestellung geleistet sei. Derselbe beantragte Gutheißung der in der Streitfrage genannten Forderung, nebst Zins zu 6 % seit 22. September 1886, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. — Der Anwalt des Beklagten trug dagegen auf Abweisung der Klage, mit den gesetzlichen prozessualischen Folgen an, indem er noch vorbrachte: Der Zeuge Lehmann sei abhängig und nicht glaubwürdig, die Kommissionskopie beweise Nichts, da manche Reisende so gewissenlos seien, ihrem Hause auf's Gerathewohl Bestellungen einzuberichten, die nicht zu Stande gekommen seien. Das Behalten der Faktur sei völlig erklärt durch die Angaben des Beklagten; nach seinen bisherigen Erfahrungen mit andern Häusern habe er annehmen können, die Waare sei unterwegs und werde in einigen Tagen eintreffen, dann werde die Sache sich abklären, ein Zuwarten bis dahin aber sei zulässig; das weitere Ausbleiben der Sendung aber habe ihn annehmen lassen, die Factur sei irrthümlich an ihn gelangt und dies werde sich inzwischen aufgeklärt haben. Wahrscheinlich haben die Kläger versucht, ihn durch Zusendung der Faktur in die Hand zu bekommen, was auch die unverständliche englische Bezeichnung und die auffällig unregelmässige Ablieferung zeige. Die Korrespondenzkarte sei dem geringen Bildungsgrade des Beklagten gemäß zu interpretiren, der Ausdruck „keine solche Waare" sei nur die Wiedergabe der dialektischen Wendung „*kei* derre *Waar*", was schlechtwegs bedeute: keine Waare. — Vom Vertreter der Kläger wurde heute eventuell noch die Konfrontation des Zeugen Lehmann mit der Frau und der Tochter des Beklagten, die Beiziehung des Frachtbriefes und sämmtlicher Skripturen des Beklagten verlangt; mit letzterm erklärte dieser sich einverstanden.

Entscheidungsgründe:

1. Für die von den Klägern behauptete Bestellung sprechen allerdings verschiedene Indizien. Zunächst deutet darauf das stillschweigende Behalten der Faktur in gewissem Maße hin, wenn solches auch bei weitem noch nicht einen Beweis dafür erbringt; sodann kann die Korrespondenzkarte vom 4. Oktober ohne Zwang gemäß der Auffassung der Kläger gelesen werden, wornach nicht die Bestellung überhaupt, sondern nur die einer „solchen" Waare bestritten, und im weitern lediglich gegen verspätete Ablieferung reklamirt worden wäre. Auch der Uebersendung der Kommissionskopie nach Hause und

der Effektuirung der Lieferung darf nicht jede Bedeutung für den Beweis abgesprochen werden, vielmehr weist dies darauf hin, daß wenigstens die Kläger Anlaß gehabt haben, an eine Bestellung zu glauben. Was die direkte Beweisführung durch Einvernahme des Zeugen Lehmann anbelangt, so lautet deren Ergebniß in der Hauptsache sehr bestimmt, und die Einvernahme macht nicht etwa positiv den Eindruck der Unglaubwürdigkeit. Jedenfalls darf damit als festgestellt betrachtet werden, daß Lehmann beim Beklagten war und mit ihm in Unterhandlungen trat. Diesem kann also insofern kaum geglaubt werden, als er sagt, er und seine Leute haben sich bei Empfang der Faktur und später noch des klägerischen Hauses und des Besuches seines Reisenden durchaus nicht erinnern können. In dieser Behauptung darf ohne großes Bedenken ein wissentliches Ableugnen erblickt werden, welches geeignet ist, das ganze Benehmen des Beklagten und sein Auftreten im Prozeß in ein zweifelhaftes Licht zu setzen. Es empfiehlt den Beklagten auch keineswegs, daß seine Buchführung die ertheilten Bestellungen nicht ersehen läßt, und eigenthümlich ist endlich seine heutige Einwendung, daß eventuell die Bestellung von seiner Tochter aufgegeben und daher für ihn unverbindlich wäre.

2. Allein keines dieser Momente hat durchschlagende Beweiskraft. Zwar muß es, was das Behalten der Faktur anbelangt, auffallen, daß der Beklagte, der zur Erklärung den Rath seiner Ehefrau, die Waare zuerst anzusehen, anführt, diese dann ohne Besichtigung zurückwies, aber ein unlösbarer Widerspruch ist hier deßhalb nicht zu finden, weil der Beklagte dann allerdings, laut seiner nicht bestrittenen Behauptung, aus der deutschen Bezeichnung der Waare im Frachtbrief deren Natur ersehen konnte. Sodann läßt die Korrespondenzkarte in der That die beklagtische Deutung ebenfalls zu, um so mehr, als ihr Styl eine geringe Bildung verräth, so daß die Beiziehung der mundartlichen Ausdrucksweise zur Auslegung den Umständen entspricht. — Weiterhin darf nicht verhehlt werden, daß die vom Anwalt des Beklagten mit so viel Nachdruck hervorgehobene Erscheinung, daß Geschäftsreisende öfters gewissenloser Weise ihrem Hause Bestellungen einberichten, über die zwar wohl gesprochen wurde, welche aber nicht zum Abschlusse kamen, wenigstens in gewissem Umfange besteht; dies muß die Gerichte veranlassen, es mit dem Beweise nicht zu leicht zu nehmen. Auf der andern Seite hat ein Geschäftshaus, dem eine Bestellung aufgegeben wird, alle zu Gebote stehenden Mittel zu benutzen, die sich eignen, den Beweis zu sichern. In dieser Hinsicht haben die Kläger unter allen Umständen nicht das gethan, was ein ordentlicher Geschäftsbetrieb erfordert. Als Regel sollte aufgestellt werden dürfen, daß ein Reisender, der eine Bestellung empfängt, sich dieselbe vom Käufer bescheinigen bezw. unterzeichnen läßt; die bloße Hingabe einer vom Reisenden selbst unterschriebenen Kommissionskopie vermag dagegen offenbar weder den Beweis zu erbringen, noch Gewähr gegen Irrthümer zu geben. Es ist nun zuzugeben, daß jene Fixirung der Bestellung nicht in allen Geschäftsbranchen üblich ist und von manchen Bestellern die Unterschrift entweder gar nicht oder erst nach unangenehmer Auseinandersetzung erhältlich gemacht werden kann. In Fällen dieser Art wird aber in der Regel das weitere Mittel zum Ziele führen, daß das Geschäftshaus nach Eingang der Ordre dieselbe dem Besteller schriftlich bestätigt und dessen ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung gewärtigt. Wenigstens dies nicht zu unterlassen, dazu hätten die Kläger um so mehr Anlaß gehabt, als die behauptete Bestellung ihr erstes Geschäft mit dem Beklagten war, sich auf einen nicht unerheblichen Betrag belief, und eine sehr lange Lieferfrist bestimmt worden sein soll. Daß trotz diesen Umständen, unter denen ein ordentliches Haus stets der Bestellung zum mindesten eine briefliche Bestätigung nachfolgen lassen wird, letzteres, sowie überhaupt Alles, was den Beweis wirksam zu sichern im Stande war, unterblieb, spricht mit Bestimmtheit und entscheidend gegen die Behauptung der Bestellung. Jedenfalls sind alle übrigen Momente, wenn auch Einzelnes die beklagtische Darstellung ebenfalls nicht als klar und zweifellos erscheinen läßt, nicht

genügend, um den Beweis, der auf den Klägern lastet, zu erbringen. — Den heutigen Aktenvervollständigungsbegehren kann nicht entsprochen werden; was die Konfrontation des Zeugen Lehmann mit dem Beklagten und seiner Frau und Tochter anbelangt, so verlangte der Vertreter der Kläger dieselbe in der Hauptverhandlung nicht, trotzdem das Präsidium des Gerichtes darauf hinwies, daß es sich empfehlen dürfte, die Zeugeneinvernahme hier stattfinden zu lassen, übrigens wäre von dieser Weiterung offenbar auch kein Resultat zu erwarten; bezüglich der Berufung „auf sämmtliche Skripturen" des Beklagten, so ist dieselbe in dieser Allgemeinheit unerheblich; es erklärt auch der Beklagte, daß er keine weitern sachbezüglichen Skripturen besitze, und ebensowenig ist endlich gezeigt worden, daß der Frachtbrief für die Beweisfrage erheblich sei.

3. Die Klage ist demnach Mangels Beweises zu verwerfen, was zur Folge hat, daß die Kläger die Gerichtskosten zu tragen und eine angemessene Entschädigung an die Gegenpartei zu bezahlen haben.

Schluss:

1. Die Klage ist abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr ist auf 50 Fr. angesetzt.
3. Die Kosten werden der Klägerschaft aufgelegt.
4. Dieselbe hat dem Beklagten eine Prozeßentschädigung von 60 Fr. zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Urtheil

des

Schweizerischen Bundesgerichtes

vom 29. Januar 1887

in Sachen

1. des *Carl Eugen Gossweiler,* wohnhaft gewesen in Enge,
2. des *Karl Küchler* in Frankfurt a. M.,
3. des *S. Utz* in Karlsruhe,
4. des *C. Koerner* in Zürich, — Rekurrenten,

gegen

Frau Bertha Bär in Zürich, Rekursgegnerin, betr. Ausscheidung von Konkursactiven.

Die Liquidation einer Kollektivgesellschaft ist nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger vorgeschrieben und es sind deßhalb die bezüglichen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 580 u. f.) nicht zwingender, sondern dispositiver Natur. Eine anderweitige vertragliche Auseinandersetzung zwischen den Theilhabern ist demnach zulässig, also auch eine solche in der Form der Uebertragung des ganzen Geschäftes in Aktiven und Passiven an einen bisherigen Gesellschafter und in diesem Falle die Consequenz dann allerdings die, daß wenn der letztere nachher in Konkurs geräth, nicht der Gesellschaftskonkurs (Art. 566 des O.-R.), sondern der Konkurs eines Einzelkaufmanns vorliegt, in welchem die Privatgläubiger des Cridaren mit den frühern Gesellschaftsgläubigern konkurriren und in welchem daher auch das Weibergutsprivilegium zur Geltung kommt.

Gegen eine in dieser Form beabsichtigte und herbeigeführte Gefährdung und Verkürzung der Gläubiger gibt das Obligationenrecht den Gesellschaftsgläubigern kein *besonderes* Sicherheitsmittel, sondern es sind dieselben vielmehr auf die allgemeinen dagegen gegebenen Schutzmittel, wie insbesondere die paulianische Klage, verwiesen.

Thatsächliches:

A. Durch Vertrag vom 5. Oktober 1885 wurde unter der Firma „Goßweiler & Cie., Fournierhandlung in Zürich" eine Collectivgesellschaft, bestehend aus Eugen Karl Goßweiler in Zürich und Arnold Bär-Lämmlin, ebenfalls in Zürich, begründet. Schon am 7. Dezember 1885 löste sich diese Gesellschaft wieder auf und zwar in der Weise, daß Arnold Bär, welcher das Geschäft unter der Firma „Arnold Bär" als Einzelkaufmann fortführte, vertragsmäßig Activen und Passiven derselben übernahm, wobei er sich Eugen Goßweiler gegenüber verpflichtete, demselben „sichere Garantie" zu geben, daß die bisherigen Verpflichtungen der Firma von ihm pünktlich erfüllt werden.

Die Auflösung der Gesellschaft Goßweiler & Cie. sowie die neue Firma Arnold Bär wurden am 8. Dezember 1885 ins Handelsregister eingetragen und dieß im Handelsamtsblatt veröffentlicht mit dem Bemerke-

daß letztere Firma Activen und Passiven der aufgelösten Gesellschaft übernehme.

Am 8. Februar 1886 erklärte Arnold Bär seine Insolvenz. In dem über denselben eröffneten Konkurse erhoben die Rekurrenten als Gläubiger der ehemaligen Gesellschaft Goßweiler & Cie. den Anspruch, daß die von dieser Gesellschaft herstammenden Activen (Waarenvorräthe) ausgeschieden und daraus die Gläubiger der genannten Gesellschaft separatim und unter Ausschluß der Privatgläubiger des Arnold Bär befriedigt werden. Die Notariatskanzlei nahm diese Ausscheidung vor, die Ehefrau des Arnold Bär, welche eine Weibergutsansprache von 38,062 Frkn. geltend machte, erhob aber Einsprache dagegen und zog die Sache, nachdem sie durch Entscheid des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. Juni 1886 abgewiesen worden war, an die zweite Instanz.

B. Mit Erkenntniß vom 8. Oktober 1886 erklärte die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes die Beschwerde der Frau Bär für begründet und hob demnach die von der Notariatskanzlei vorgenommene Ausscheidung der Activen der frühern Firma Goßweiler & Cie. auf (siehe Bd. V Seite 347 dieser Blätter).

C. Gegen diese Entscheidung ergriffen Carl Eugen Goßweiler, Karl Küchler, S. Utz und G. Koerner die Weiterziehung ans Bundesgericht und es beantragten sodann die Parteien in der heutigen Verhandlung:

1. *Die Rekurrenten.* Die Beschwerde wolle gutgeheißen, der Rekursalentscheid der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes aufgehoben und in Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung des Konkursrichters von Zürich im Konkurse des Arnold Bär die Ausscheidung der Activen der frühern Firma Goßweiler & Cie. behufs separater Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger unter Ausschluß aller Privatgläubiger des Cridaren verfügt werden.

2. *Die Rekursgegnerin.* Es sei auf die Beschwerde wegen mangelnden Streitwerthes nicht einzutreten, eventuell dieselbe materiell abzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Die von der Rekursbeklagten erhobene Einwendung, daß der gesetzliche Streitwerth nicht gegeben sei, ist unbegründet. Es ist nicht bestritten, daß die Forderungen der rekurrirenden Gläubiger den Betrag von 3000 Frkn. übersteigen, dagegen ist geltend gemacht worden, es sei nicht bewiesen, daß der Werth derjenigen Activen, deren Aussonderung behufs ihrer separaten Befriedigung die Rekurrenten verlangen, 3000 Frkn. übersteige. Der Werth dieser Activen ist nun allerdings für den Streitwerth maßgebend, allein nach dem gesammten Inhalt der Akten darf ohne Weiteres angenommen werden, daß dieser Werth den Betrag von 3000 Franken erheblich übersteige. Es genügt hiefür auf die in dem Accommodementsvorschlage des Cridaren Bär vom 27. März 1886 aus dem amtlichen Konkursprotokoll mitgetheilten Angaben über den Werth der vorhandenen Waarenvorräthe und insbesondere auf die den Streitwerth betreffende Notiz des Konkursrichters zur Pendenz IV des bei den Akten befindlichen Pendenzenverzeichnisses im Konkurse des Arnold Bär zu verweisen. Auch im Uebrigen sind die Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Competenz gegeben, denn der angefochtene Entscheid qualificirt sich als Haupturtheil und die Sache ist, insoweit es sich um die Frage handelt, ob die Gesellschaft Goßweiler & Cie. als fortbestehend zu behandeln sei, zweifellos nach eidgenössichem Rechte zu beurtheilen.

2. Fraglich kann dagegen erscheinen, ob nicht das Bundesgericht die materielle Prüfung der Sache deßhalb ablehnen müsse, weil der Vorderrichter die Ansprache der Rekurrenten schon aus prozessualischen Gründen (weil nicht in der Form eines Vindikationsbegehrens gestellt) zurückgewiesen habe. Allein es ist doch nicht klar, daß der Vorderrichter diesen Grund für sich allein als durchschlagend erachtet habe, denn derselbe ist ja trotz der als ungesetzlich bezeichneten Form des Begehrens auf die materielle Prüfung desselben eingetreten.

3. Nach der thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz kann nun kein Zweifel darüber obwalten, daß bei Abschluß des Vertrages

vom 7. Dezember 1885 der Wille der Contrahenten dahin ging, die Gesellschaft Goßweiler & Cie. sofort gänzlich aufzulösen und Aktiven und Passiven derselben einem der bisherigen Gesellschafter, A. Bär, zu alleinigem Eigenthum zu übertragen und daß nicht etwa eine Liquidation der Gesellschaft durch A. Bär als Liquidator beabsichtigt war. Dieß folgt, wie der Vorderrichter zutreffend ausführt, aus dem Inhalte des Vertrages vom 7. Dezember und dem Handelsregistereintrag zur vollsten Evidenz. Es kann sich daher nur fragen, ob eine solche Art der Auflösung einer Kollectivgesellschaft und der Auseinandersetzung der Rechte der Gesellschafter am Vermögen derselben gesetzlich statthaft sei. Die Rekurrenten verneinen dieß und behaupten, es sei für Kollektivgesellschaften eine Liquidation mit Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gemäß Art. 580 u. f. des O.-R. obligatorisch; so lange die Liquidation nicht durchgeführt sei, müsse die Gesellschaft als fortexistirend behandelt werden und es haben daher die Gesellschaftsgläubiger Anspruch auf separate Befriedigung aus den Activen derselben. Dieß ist aber gewiß unrichtig. Die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Liquidation sind nicht zwingender Natur, sie schliessen eine anderweitige vertragliche Ordnung der Auseinandersetzung zwischen Mitgliedern einer aufgelösten Kollectivgesellschaft, insbesondere eine Auseinandersetzung mit Ausschluß jeder Theilung durch Uebertragung des Geschäfts in Activen und Passiven an einen der Theilhaber oder an einen Dritten keineswegs aus. Die Liquidation ist nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger vorgeschrieben, welche ja auf dieselbe gar nicht antragen können und welchen eine Einwirkung auf die Bestellung und Geschäftsführung der Liquidatoren gesetzlich nicht zugestanden ist; sie ist vielmehr lediglich der in Ermanglung anderweitiger Willenseinigung Platz greifende Modus der Auseinandersetzung unter den Theilhabern. Dieß folgt nicht nur, wie der Vorderrichter ausgeführt hat, aus dem allgemeinen Handelsgebrauch, nach welchem die Uebertragung der Activen und Passiven an einen Dritten oder an einen Theilhaber als statthaft erachtet worden sei, sondern ergibt sich auch aufs Unzweideutigste aus ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes, inbesondere aus Art. 577 Absatz 2 und Art. 587 Absatz 2 des O.-R., welche die Uebernahme des Geschäftes mit Activen und Passiven durch einen Gesellschafter als zulässig erklären resp. voraussetzen. Diese Ansicht ist denn auch in Doctrin und Praxis des deutschen Handelsrechts weitaus überwiegend anerkannt. (Vergleiche Puchelt, Commentar ad. § 133, v. Hahn, Commentar, 3. Auflage I S. 506 u. f. und insbesondere Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. XXIV S. 144 u. f. und Bd. XXV S. 276 u. folgd.) Daraus folgt dann aber, daß die Gläubiger einer aufgelösten Kollectivgesellschaft, deren Activen und Passiven vertragsgemäß an einen Gesellschafter übergegangen sind, im Konkurse dieses letztern Ausscheidung der von der aufgelösten Gesellschaft herstammenden Activen und ausschließliche Befriedigung aus denselben nicht verlangen können. Daß die Uebertragung des Geschäfts an einen Gesellschafter unter Umständen zu widerrechtlicher Verkürzung der Gesellschaftsgläubiger mißbraucht werden kann, ist freilich (trotz der selbstverständlich fortdauernden Solidarhaft der sämmtlichen Gesellschafter) richtig. Im Konkurse des Geschäftsübernehmers als Einzelkaufmann nämlich konkurriren ja auch dessen sonstige (Privat-) Gläubiger und es kann die Folge eintreten und beabsichtigt sein, daß letztere, insbesondere die Ehefrau mit einer privilegirten Frauengutsansprache, den Gesellschaftsgläubigern die Activen ganz oder größtentheils vorwegnehmen, während eine Belangung der übrigen Gesellschafter wegen Insolvenz derselben einen Erfolg nicht verspricht, wogegen dann die Gesellschaftsgläubiger, welche im Vertrauen darauf creditirt haben, daß im Gesellschaftskonkurse Privatforderungen nicht konkurriren, leer ausgehen. Allein gegen derartige Machinationen ist den Gesellschaftsgläubigern vom Gesetze kein *besonderes* Sicherheitsmittel gewährt, sie sind vielmehr auf die allgemeinen gegen Gefährdung und Verkürzung der Gläubigerrechte überhaupt gegebenen Schutzmittel, insbesondere auf die paulianische Klage verwiesen, welche denn

auch bei zweckmässiger Gestaltung und Handhabung derselben völlig ausreichen dürften. Die paulianische Klage ist denn auch im vorliegenden Falle wirklich angehoben, aber vom Vorderrichter verworfen worden und zwar deßhalb, weil dieselbe bloß den Gläubigern eines im Konkurse befindlichen Schuldners zustehe, die Firma Goßweiler & Cie. aber gar nicht mehr bestehe, daher auch nicht mehr in Konkurs gerathen könne, Goßweiler selbst aber noch aufrecht stehe. Ob nun diese Ausführungen zutreffen und ob im Uebrigen die Voraussetzungen der actio Pauliana gegeben wären, muß dahin gestellt bleiben, denn in dieser Richtung ist das Bundesgericht gemäß Art. 29 des Organisationsgesetzes nicht compent, da gemäß Art. 889 des O.-R. hiefür kantonales, nicht eidgenössisches Recht maßgebend ist.

4. Wenn heute der Anwalt der Rekurrenten noch geltend gemacht hat, der eine der Rekurrenten, Carl Eugen Goßweiler, könne sich auf Art. 399 Absatz 2 des O.-R. berufen, da ihm aus dem Vertrage vom 7. Dezember 1885 ein Recht darauf zustehe, daß Bär die Gesellschaftsgläubiger befriedige, so ist diese Ausführung offenbar nicht richtig. Es kann ja gewiß durchaus keine Rede davon sein, daß Bär durch den Vertrag vom 7. Dezember 1885 die Gesellschaftsactiven, wie Art. 399 Absatz 2 dies voraussetzt, als Mandatar und auf Rechnung des Goßweiler erworben habe.

Schluss:

Die Weiterziehung der Rekurrenten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem Urtheil der Appellationskammrr des Obergerichtes des Kantons Zürich sein Bewenden.

Zur Frage der Uebertragbarkeit des Retentionsrechtes des Vermiethers.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer. 22. Januar 1887.)

Ein Vermiether cedirte, nachdem sein Miether in Konkurs gerathen war, die ausstehende dreimonatliche Miethzinsforderung an einen Advokaten. Dieser meldete solche im Konkurse des Schuldners an und machte dafür ein Retentionsrecht geltend an den von dem letztern in die Miethwohnung gebrachten und zu deren Einrichtung und Benutzung gehörenden Gegenständen. Diese Retentionsansprache wurde indessen bestritten und vom Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich auch verworfen. Auf erfolgten Rekurs hieß aber die Appellationskammer des Obergerichtes denselben gut und zwar

aus folgenden Gründen:

1. Nach Art. 190 des O.-R. gehen mit einer abgetretenen Forderung die auf sie bezüglichen Vorzugs- und Nebenrechte auf den Erwerber der Forderung über, diejenigen Rechte ausgenommen, welche ausschließlich mit der Person des Abtretenden verbunden sind. Sonach steht der Geltendmachung des Retentionsrechtes durch den Rekurrenten der Umstand nicht entgegen, daß in der Abtretungsurkunde dieses Rechtes keine Erwähnung geschehen ist; der Wille, dieses Recht mitüberzutragen, ist selbztverständlich und braucht nach dem Gesetze nicht ausdrücklich bemerkt zu werden. Dagegen entsteht die Frage, ob das Retentionsrecht übertragbar sei und ob es auch wirklich übertragen wurde.

2. Das Gesetz bezeichnet in der angeführten Stelle als nicht übertragbar diejenigen Rechte, welche mit der Person des Abtretenden verbunden sind. Das kann nun aber für diesen Fall kaum gesagt werden, denn irgend ein persönliches Verhältniß des Cedenten zum Konkursiten, das dem erstern ein Retentionsrecht verleihen würde, abgesehen von dem obligatorischen Verhätniß der Miethe, ist nicht behauptet worden; das Retentionsrecht beruht lediglich auf dem Miethverhältniß, seien nun die Vertragscontrahenten in anderweitigen Beziehungen oder ohne solche, im Gegensatz etwa zu den besondern und persönlichen Verhältnissen der Ehegatten, des Vormundes zum Mündel etc., aus welchen rein persönliche Privilegien anläßlich obligatorischer Verhältnisse unter diesen Personen entstehen können.

3. Was nun die andere Frage anbetrifft, ob durch die bloße stillschweigende Willens-

erklärung der Parteien ein Retentionsrecht übertragen werden könne, so ist vorerst daran festzuhalten, daß dieses Recht im Allgemeinen nach Art. 224 des O.-R. an die Thatsache geknüpft ist, daß der Retentionsberechtigte die Sache in seiner Verfügungsgewalt habe, bezw. nach Art. 294 des O.-R., daß die Gegenstände sich noch in den von ihm vermietheten Räumlichkeiten befinden. Nur unter dieser Voraussetzung kann ein Wegziehen verhindert oder nach erfolgter Benachrichtigung eine Realisirung nach den Grundsätzen des Faustpfandrechtes durchgeführt werden. Es ist daher zu untersuchen, ob dem Uebernehmer der Forderung auch die Verfügungsgewalt über die Retentionsgegenstände soweit übertragen worden sei, als sie dem Vermiether zustehen mußte. Diese Uebertragung konnte keine körperliche sein, weil es auch dem Abtretenden nicht gestattet war, die Retentionsgegenstände dem Miether ohne Weiteres wegzunehmen und an einen Drittort zu verbringen. Dagegen ist nach dem schweizerischen Obligationenrecht die Uebertragung des Besitzes überhaupt (Art. 201) und insbesondere auch des Pfandbesitzes (Art. 217) möglich dadurch, daß der Berechtigte einen Dritten beauftragt. Bei der Cession einer Miethzinsforderung, mit welcher nach dem Gesagten auch das Retentionsrecht übergeht, gestaltet sich die Uebertragung der Verfügungsgewalt über die Retentionsobjekte in der Weise, daß vom Moment der Abtretung an der Cedent den Besitz für den Cessionaren ausübt.

Das Verfahren bei der Liquidation

des einem Miterben angefallenen ideellen Antheils an einer mit grundversicherten Schulden belasteten Liegenschaft im Konkurse desselben.

(Obergericht Zürich. 24. Dezember 1886.)

Eine mit 16000 Fr. belastete Liegenschaft vererbte sich auf 5 Kinder. Eines derselben gerieth in Konkurs und es bestand das Auffallsgut lediglich in dem unausgeschiedenen Antheile des Cridaren an der fraglichen Liegenschaft. Auf der Konkursgant wurden 3200 Fr. dafür geboten. Der Käufer erschien aber nicht bei der Fertigung. Nun setzte der Notor den Geschwistern und Miteigenthümern des Cridaren Frist an, um gegen Uebernahme einer Schuld von 3450 Fr. als Einzinserrate des letztern Zufertigung seines Antheils an der genannten Liegenschaft zu begehren, eine Antwort erfolgte aber nicht und darauf stellte der Notar beim Bezirksgericht den Antrag auf Aufhebung des Konkurses wegen Mangels an Activen, indem der Antheil des Cridars einfach den Miteigenthümern zuzufertigen sei, welche ohnehin für die sämmtlichen grundversicherten Schulden aufzukommen haben. Das Gericht lehnte jedoch den Antrag ab, indem es ausführte: Das Rechtsverhältniß des Cridars zu den übrigen Mitschuldnern der auf der fraglichen Liegenschaft versicherten Kapitalien sei als Einzinserei zu betrachten und wie die Einzinser als Gesammtschuldner haften, so die mehreren Erben, welche in die Verbindlichkeit ihres Erblassers eintreten bezüglich der grundversicherten Schulden des letztern, und die über die Einzinsereien bestehenden Vorschriften seien eben so gut anwendbar bei dem Miteigenthum wie bei ausgeschiedenem Eigenthum. Nach der Vorschrift des § 2025 des P. R. G.-B. richte sich denn auch die Uebernahme von grundversicherten Schulden durch die Erben des verstorbenen Schuldners nach den Bestimmungen über die Einzinserei. Mit Recht sei also gemäß der Verordnung vom 8. Mai 1880 betreffend die Einzinsereien den Miteigenthümern Frist angesetzt worden, um zu erklären, ob sie sich das Miteigenthum des Cridaren zufertigen lassen wollen. Sobald die Belege für die dießfällige Mittheilung vorliegen, verbleibe es bei der Zusage an den Gantkäufer; wenn dieser zur Erfüllung des Kaufes gebracht werden könne, vermehre sich die Schuld der Miteigenthümer um den unerhältlich gebliebenen Betrag des Schuldbetreffnisses des Cridars, andernfalls müsse eine neue Steigerung angeordnet werden.

Mit diesen Ausführungen konnte sich der Notar nicht befreunden, er wünschte die Ansicht des Obergerichtes darüber zu vernehmen, indem er bemerkte: Von einer Einzinserei

könne hier nicht gesprochen werden, weil diese nur vorliege, wo verpfändetes Grundeigenthum unter mehrere Mitschuldner *real* getheilt worden sei mit Zerlegung des versicherten Kapitals in fixirte Raten; wohl nur solche Fälle habe die obergerichtliche Verordnung vom Jahre 1880 im Auge. Bei Anwendung der letztern auf Fälle der vorliegenden Art entstehe auch die Schwierigkeit, daß man unter Umständen einem versicherten Gläubiger zumuthen müßte, eine geringe Ratazahlung entgegenzunehmen und einen ideellen Antheil der Pfänder der Pfandschaft zu entlassen, so würde derselbe in vielen Fällen an der Stelle eines guten Briefes einen schlechten erhalten und häufig die spätere Liquidation des verbleibenden Theiles der Pfänder sich schwierig gestalten. Nach seiner Ansicht dürfe ein ideeller Antheil am Miteigenthum nur veräußert werden mit Allem was drum und dran hänge und ein neuer Erwerber nur so in das Verhältniß eintreten, daß er alle damit überbundenen Verpflichtungen übernehme; wo aber in einem Auffalle der Antheil des Cridars nicht so sich verkaufen lasse, sei derselbe den Miteigenthümern zuzufertigen und wenn diese dessen sich weigern, dem Cridaren zu belassen.

Darauf antwortete das Obergericht:

Nach § 935 lit. b, § 936 und § 2025 des P.-R. G.-B. ist das Verhältniß der mehrern Erben eines Schuldners grundversicherter Forderungen zum Gläubiger dieser dasjenige der Gesammtschuld, gerade so wie das Verhältniß der mehrern Einzinser gemäß § 822 ib. (vergl. auch Bluntschlis Kommentar zu § 935 lit. b).

Es ist nun nicht einzusehen, warum es in der rechtlichen Stellung der mehrern Theilschuldner zum Gläubiger einen Unterschied machen soll, ob die Schuld entstanden in Folge eines Rechtsgeschäftes gerichtet auf Erwerb eines bestimmten *ausgeschiedenen Theiles* von verpfändeten Liegenschaften mit Anweisung einer fixen Quote an das darauf haftende Kapital, oder ob in Folge Erbganges *Miteigenthum* der Erben an einem resp. mehrern Grundstücken und hinsichtlich der darauf haftenden Hypothek eine Gesammtschuld begründet wurde. (§§ 2012 u. 2025.) Im einen wie im andern Falle haften die mehrern Mitschuldner dem Gläubiger wie Einzinser, und ist es gleichgültig, daß bei den mehrern Mitschuldnern in Folge Erbganges nicht wie bei der Einzinserei im engern Sinne (§ 815 ff des P.-R. G.-B.) die Schuldrata des Einzelnen nicht in ihrem Geldbetrage ausgesetzt ist und nicht bestimmte Grundstücke als zunächst haftend bezeichnet sind.

Mit Recht sagt demnach das Bezirksgericht in seiner durchaus zutreffenden Begründung, im vorliegenden Falle sei gemäß der zit. obergerichtlichen Verordnung zu verfahren.

Wenn der Notar endlich noch auf Uebelstände hinweist, welche in Folge davon sich ergeben können, so ist darauf zu bemerken, daß solche in gleicher Weise möglich sind, wenn im Konkurse eines Einzinsers der grundversicherte Kreditor eine vielleicht unverhältnißmäßig geringe Ratazahlung entgegen nehmen und das Pfand ledigen muß, während die noch verbleibenden Pfänder für den Rest der Forderung keine hinreichende Sicherheit mehr bieten. Der vom Notar vergeschlagene Ausweg ist im Widerspruche mit dem Grundsatze, daß im Konkurse das Massagut versteigert werden soll.

Auszüge

aus Entscheidungen der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

I.

Schadensersatzklage des Vermiethers gegenüber dem einseitig vom Vertrage zurückgetretenen Miether.

Einrede des nicht erfüllten Vertrages von Seite des Klägers (Art. 95 des O.-R.), eventuell der Befreiung vom Vertrage wegen Erfüllungsverzug des Klägers (Art. 122, 123, 125 und 277 des O.-R.). Berechnung des Schadens.

A. hat von B. auf 1. Oktober 1886 eine Wohnung für den jährlichen Zins von 550 Fr. und mit halbjährlicher Kündigungsfrist gemiethet, ist aber nicht eingezogen, sondern

hat am 2. Oktober dem B. geschrieben, er verzichte auf die Wohnung und trete vom Vertrage zurück, angeblich weil die Miethobjekte vom frühern Miether noch nicht vollständig geräumt waren und in einem Zimmer sich Wanzen befanden.

B. hat darauf Ersatz des erlittenen Schadens im Betrage eines halbjährlichen Miethzinses verlangt, weil er die Wohnung erst auf den 1. April 1887 neu habe vermiethen können und es ist die Forderung mit einem Abzug von 5 Fr. gutgeheißen worden, im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

1. Zunächst ist davon auszugehen, der Kläger habe die vermiethete Räumlichkeit auf den vereinbarten Antrittstermin zur Verfügung des Beklagten gehalten und habe also den Vertrag seinerseits erfüllt oder sei wenigstens bereit gewesen, denselben zu erfüllen (Art. 95 des O.-R.). Der Beklagte anerkennt nämlich, daß Kläger rechtzeitig durch Kündigung des früher bestandenen Miethverhältnisses das Nöthige gethan habe, um die jenem vermiethete Wohnung auf den vereinbarten Antrittstermin frei zu machen und zur Verfügung des neuen Miethers stellen zu können und es ist auch erstinstanzlich nicht bestritten worden, daß dann nach Eintritt jenes Termines der Kläger bemüht gewesen sei und sogar einen gerichtlichen Befehl ausgewirkt habe, um den sofortigen Auszug des frühern Miethers zu bewirken.

2. Dafür, daß die Parteien bei Abschluß des Miethvertrages beabsichtigt haben, die Dauer dieses von der *pünktlichen* Innehaltung des darin bestimmten Antrittstermins abhängig zu machen (Art. 123 des O.-R.), fehlen alle und jede Anhaltspunkte.

3. Ebensowenig ist ersichtlich, daß in Folge der Verzögerung des Einzuges die Ueberlaßung der Wohnung für den Beklagten, z. B. dadurch, daß er genöthigt worden sei, die früher von ihm benutzte Wohnung zu verlassen und sofort eine andere zu beziehen, jeden Nutzen verloren habe (Art. 125 d. O.-R.).

4. Die Einwendung des Beklagten, er habe gleich am 1. Oktober im Sinne des Art. 122 des O.-R. dem Kläger eine Frist von einem Tag zur Räumung und Bereithaltung der Wohnung angesetzt, ist deßwegen ohne Bedeutung, weil offenbar jene Gesetzesvorschrift die Ansetzung einer *angemessenen* Frist verlangt und im Falle, wo wie hier, es sich darum handelt, einen im Ausziehen säumigen Miether aus der Miethwohnung zu schaffen und solche vor dem Wiederbezug gehörig zu reinigen, eine Frist von bloß einem Tag als eine angemessene nicht angesehen werden kann.

5. Ebensowenig kann die fernere Einwendung des Beklagten, ein Zimmer der vermietheten Wohnung sei mit Wanzen behaftet gewesen, zur Abweisung der Klage führen; dieselbe wäre, gesetzt auch, sie sei thatsächlich richtig, gemäß den Ausführungen der Appellationskammer in einem frühern Entscheid in Sachen Lips ca. Brauerei Frankfurt vom 29. November 1884 nach Art. 277 des O.-R. nur dann von Gewicht, wenn feststände, daß der Beklagte den Kläger aufgefordert habe, jenen Uebelstand innerhalb Frist zu heben, ansonst er den Vertrag als dahingefallen betrachte, allein nichts liegt dafür vor, daß eine solche Frist angesetzt worden sei.

6. Daß durch die grundlose Weigerung des Beklagten, die ihm vermiethete Wohnung anzutreten, dem Kläger ein Schaden entstanden sei, ist gestützt darauf anzunehmen, daß in Folge jener Weigerung die fragliche Wohnung zugegebenermaßen seit dem 1. Oktober 1886 bis heute leer gestanden hat, und nicht einmal entfernte Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß sie noch für den Rest der Zeit bis zu dem Termin, auf welchen der Kläger einen neuen Miethvertrag abgeschlossen hat, werde vermiethet werden können. Dagegen fällt bezüglich der Größe des Schadens in Betracht, daß nach Vertrag die Miethzinsraten jedesmal erst nach Ablauf des betreffenden Halbjahres haben bezahlt werden sollen, daß also, wenn die Schadensersatzsumme in der Größe einer halbjährlichen Miethzinsrate dem Kläger *jetzt schon als zahlbar* zugesprochen wird, ihm durch die Möglichkeit, vor dem vertraglichen Zahlungstermin das Geld zu seiner Verfügung zu haben und zinstragend anlegen zu können, ein Nutzen erwächst, auf welchen er bei allseitiger Vollziehung des Vertrages nicht Anspruch gehabt hätte. Es rechtfertigt sich hienach, zwar das auf sofor-

tige Zahlung gerichtete Klagebegehren gutzuheißen, jedoch in Anwendung richterlichen Ermessens von der Schuldsumme einen, diesem Nutzen gleichkommenden Abzug zu machen und solchen auf 5 Fr. anzusetzen. (15. Jenner 1887.)

II.

Umfang der Testirfreiheit.

Ein Erblasser, der als nächste Erben theils Vater oder Mutter, theils Geschwister hinterläßt, kann nach §§ 2030 und 2035 des P.-R. G.-B. über einen Viertheil der reinen Verlassenschaft verfügen, nur wenn Geschwister *allein* die nächsten Erben sind, steigt das Verfügungsrecht nach § 2032 auf einen Drittheil der Verlassenschaft. (15. Januar 1887.)

III.

Anspruch des Vaters auf Herausgabe seines ausserehelichen Kindes.

Der Vater eines außerehelichen Kindes kann, nachdem dieses das 12. Altersjahr vollendet hat, nicht ohne Weiteres fordern, daß dasselbe ihm überlassen werde, vielmehr kommt der Vormundschaftsbehörde der Heimatsgemeinde des Kindes zu, zu bestimmen, wo dieses untergebracht sein soll. (22. Jenner 1887.)

IV.

Haftpflicht aus unerlaubter Handlung.
(Art. 50 u. f. des O.-R.)

A. war durch die Behauptung des B., daß ein früher von ihm einem Dritten geschuldetes Guthaben, auf welches A. Anspruch hatte, längst durch Zahlung getilgt sei, veranlaßt worden, theils civilprozessualische Schritte gegen B. zu thun, theils davon ausgehend, daß dieser wider besseres Wissen die Einrede der Zahlung geltend mache, sich in ehrverletzender Weise gegenüber demselben zu äußern, wofür er durch gerichtliches Urtheil bestraft wurde. Nachher hat sich herausgestellt, daß in der That B. die Behauptung der Zahlung als eine bewußt unwahre vorgebracht habe und es sind darauf dem A. Entschädigungen gestützt sowohl auf Art. 50 als Art. 55 des O.-R. gesprochen worden.

V.

Auch nach dem kantonalen Recht begründet bloss die erwiesene Rückgabe des Schuldscheines von Seite des Gläubigers an den Schuldner die Vermuthung der Zahlung.

Von einem Bezirksgericht ist eine Forderungsklage gestützt darauf abgewiesen worden, daß der Kläger nicht im Stande sei, den früher erwiesenermaßen bestandenen Schuldschein vorzulegen oder nachzuweisen, daß er aus einem andern Grunde als demjenigen der Tilgung dessen Besitz eingebüßt habe und daher vermuthet werden müsse, daß, wie der Beklagte einwende, derselbe früher die Schuld durch Zahlung getilgt habe.

Die Appellationskammmer ist aber dieser Rechtsanschauung *nicht* beigetreten.

Vorerst könne nicht als hergestellt betrachtet werden, daß für die eingeklagte Forderung je ein Schuldschein bestanden habe, gesetzt aber, es habe ein solcher früher bestanden, so sei damit nicht gesagt, daß derselbe dem Beklagten zurückgegeben worden sei und nur an die Rückgabe des Schuldscheins von Seite des Gläubigers an den Schuldner knüpfe die an den § 1045 des hier noch zur Anwendung kommenden privatrechtlichen Gesetzbuches des Kts. Zürich sich anschliessende Gerichtspraxis die Vermuthung der Schuldtilgung. (Ulmer, Commentar Nr. 1679.) (29. Jenner 1887.)

VI.

Die Streitverkündung im Hauptprozess entbindet den Rregresskläger nicht vom Nachweise des der Rregressklage zu Grunde liegenden Fundamentes.

Wenn eine Partei, welche für die gegen sie eingeklagte Forderung den Rückgriff auf einen Dritten zu haben glaubt, diesem Streit verkündet und die Fortsetzung des Prozesses überläßt, der Dritte aber den Prozeß auch nicht fortsetzt, und in Folge dessen die eingeklagte Forderung gegen den Litisdenuncianten gutgeheißen wird, stellt sich die nachher angehobene Rückgriffsklage gegen den Dritten doch nicht ohne Weiters als begründet dar, vielmehr hat der Rückgriffskläger immer noch die Grundlage der Klage, die Schuldpflicht des Beklagten, soweit sie bestritten ist, nachzuweisen. (29. Jenner 1887.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. April 1887. VI. Band. № 6.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 11. Februar 1887
in Sachen
des *A. Franck*, jeune, Boulevard Sébastopol 88 in Paris, Kläger, und
des *J. H. Schmid*, Sohn, Sihlhofgasse 10 in Zürich, Litisdenunziaten des Klägers,
gegen
Gebrüder Schmid, Hemdenfabrikation, Zürich, Beklagte,
betr. Kauf.

Streit über die Frage, ob der im Geschäfte thätige Sohn des einen Geschäftsinhabers zur Aufnahme einer Bestellung bevollmächtigt gewesen sei bezw. als bevollmächtigt gelten müsse etc.

Streitfrage:

Sind die Beklagten pflichtig, die dem Kläger bestellten Waaren im Fakturawerthe von Fr. 1010. 75 Rp. abzunehmen und demselben genannte Summe per 7. März 1887 zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Unterm 6. Dezember 1886 präsentirte sich der Handlungsreisende der Klägers, Namens Wormser, im Laden des Beklagten und offerirte eine Sorte Hosenträger, pattes-bretelles, nach seiner Angabe eine Nouveauté. Der anwesende J. Henri Schmid, Sohn des J. H. Schmid in Zürich, welcher letztere nebst seinem Bruder Jakob Schmid in St. Gallen solidarer Antheilhaber der beklagten Firma ist, unterzeichnete sodann dem Reisenden mit der Formel „p. pa. Gebrüder Schmid J. H. Schmid" eine Bestellung auf je 10 Dutzend von 7 verschiedenen Nummern fraglichen Artikels; auf dem Schein ist bemerkt, daß 3 Clichés sowie ein Hemd, an welchem die Art der Verwendung der Waare gezeigt war, gratis zu liefern, und die Factur in 3 Monaten fällig sei; überdies ist notirt: „faite double", und Kläger behauptet, dem Sohne Schmid sei ein Doppel der „Commission" übergeben worden. Die Beklagten bestreiten dies, sowie die Aechtheit jener Notiz, indem sie erklären, dieselbe sei erst nachträglich vom Reisenden hingesetzt worden, was indeß nicht ersichtlich ist. — Unterhalb der Unterschrift und von anderer Hand, ob von der des Reisenden oder eines Angestellten in Paris, wurde nicht festgestellt, findet

sich die Bemerkung: „J'ai pris l'engagement de ne vendre des pattes-bretelles qu' à deux maisons à Zurich.“

B. Schon am folgenden Tage, den 7. Dezember, effektuirte das klägerische Haus in Paris die Bestellung und übergab die Waare der Eisenbahn. Die Faktur von diesem Tage beziffert sich auf Frkn. 1042. —, abzüglich 3 % Sconto Fr. 31. 25 Rp., netto Fr. 1010. 75 Rp., als Zahlungstermin ist Eingangs lithographirt eine Frist von 30 Tagen angegeben, während es weiter unten geschrieben heißt: „payable en ma traite au 30. Avril *prochain*.“

C. Der Besteller widerrief jedoch die Ordre in einem noch vom 6. Dezember datirten und an diesem Tage abgesandten Brief, der unterzeichnet ist: „pp. Schmid frères J. H. Schmid.“ — In demselben wird zunächst angeführt, dem Reisenden des Klägers sei am Vormittag („ce matin“) die fragliche Bestellung gemacht worden und sodann erklärt, letztere sei in der Meinung erfolgt, daß der Artikel für den Platz Zürich eine Neuheit sei, nun habe man sich aber soeben überzeugt, daß dies nicht der Fall sei („nous venons de nous convaincre“), indem ein Hemdengeschäft denselben schon lange, und zwar viel billiger aus Deutschland eingeführt habe, so daß dasselbe zu den vom Kläger berechneten Preisen verkaufen könne. „L' article est donc tout-à-fait inutile pour nous, et par conséquent nous *annullons* l'ordre entière et refuserons la marchandise en cas que vous l'envoyez quand-même.“

D. Der Kläger ließ sich indeß auf die „Annullirung“ nicht ein, sondern erklärte den Beklagten in einem Brief vom 7. Dezember, welcher der Faktur beigeschlossen wurde, daß auf der Bestellung, die in aller Form Rechtens erfolgt und dem Reisenden auf einem „double de commission“ unterschriftlich bestätigt worden sei, beharrt werde; er könne seine Reisenden nicht umsonst zahlen, und sei überhaupt gewohnt, abgeschlossene Geschäfte im Ernste zu nehmen; im Falle der Nichthonorirung der avisirten, in 3 Monaten fälligen Tratte hätten also die Beklagten rechtliche Schritte zu gewärtigen. Der Reisende habe versprochen, den Artikel im ganzen nur an zwei Häuser in Zürich zu verkaufen und diese dem Kläger lästige Bedingung sei erfüllt worden.

E. Als die Waare in Zürich ankam, verweigerten die Beklagten deren Annahme, worauf der Kläger dieselben mit Brief vom 14. Dezember 1886 neuerdings zu derselben aufforderte, und die Sendung, welche inzwischen an die französische Grenze bezw. nach Pontarlier zurückgelangt war, den Beklagten ein zweites Mal zustellen ließ. Dieselben blieben aber bei ihrer Weigerung, und die Waare wurde dann im Lagerhaus der Nordostbahn in Zürich deponirt.

F. Im heutigen Prozesse verlangt nun der Kläger die Uebernahme der nach seiner Behauptung von den Beklagten gekauften Waare und Bezahlung der Fakturasumme, Werth 7. März d. J. — Die Beklagten bestreiten dagegen jede Verbindlichkeit, ihr Anwalt nimmt folgende Standpunkte ein:

In erster Linie wird das Zustandekommen eines Kaufes bestritten, indem einerseits der klägerische Reisende zum Vertragsabschlusse nicht befugt gewesen sei, was sich darin zeige, daß er auch die Inkassovollmacht nicht habe, indem laut der Faktur Zahlungen nach Paris zu richten seien; anderseits aber habe der Sohn Schmid dem Reisenden ausdrücklich erklärt, daß er zur Vertretung der Firma nicht befugt sei, und derselbe habe an die Bestellung bedingungsweise den Vorbehalt geknüpft, daß dieselbe Seitens der Firma acceptirt und die Annahme bestätigt werde, die angebliche Bestellung habe in den Augen des Sohnes Schmid überhaupt nicht den Charakter einer solchen, sondern lediglich den einer Aufzeichnung über die eventuell zu bestellenden und hiezu vorläufig ausgewählten Waaren gehabt; die vorbehaltene nachträgliche Bestätigung bezw. Ertheilung der Bestellung Seitens der Firma sei jedoch nicht erfolgt. — Dem Sohne Schmid sei ferner weder ausdrücklich noch thatsächlich jemals die Prokura ertheilt worden, und ebensowenig eine Handlungsvollmacht, die ihn zur Aufgabe von Bestellungen ermächtigt haben würde.

In zweiter Linie wird eingewendet, eventuell sei ein Vertrag deshalb nicht zu Stande gekommen, weil die beklagtische Annahmeerklärung sofort zurückgenommen und der

Widerruf schon vor der Mittheilung der Bestellung dem klägerischen Hause in Paris zugekommen sei.

Eventuellst wird die Einrede erhoben, der Kläger habe seinerseits den Vertrag nicht erfüllt und sei daher mit der Erfüllungsklage abzuweisen. Der Sohn Schmid habe nämlich dem Reisenden das verbindliche Versprechen abgenommen, den Beklagten den Alleinverkauf für die deutsche Schweiz und in diesem Sinne die Vertretung des betr. Artikels zu übertragen, und diese Vertragspflicht habe Kläger verletzt, indem er noch an verschiedene weitere Plätze der deutschen Schweiz verkauft habe.

G. Der Kläger bestreitet diese Einwendungen. Mit Bezug auf die erste erklärt er, die Bestellung sei vom Sohne Schmid definitiv, ohne irgend einen Vorbehalt, z. B. den der Genehmigung durch die Firmainhaber aufgegeben worden. Der Vater J. H. Schmid sei bei der Bestellung anwesend gewesen, habe die Muster ebenfalls besichtigt, und sei mit der Auswahl und den Preisen einverstanden gewesen. Man habe erklärt, es müsse ein Schlußschein („commission") aufgenommen werden; nachdem dies geschehen, habe der Sohn sich zum Unterzeichnen präsentirt, und auf die Frage des Wormser, ob er hiezu berechtigt sei, habe jener in Gegenwart des Vaters Schmid geantwortet, ja wohl, er führe die Prokura. Darauf habe Wormser denn auch ein Doppel unterzeichnet und dem Sohne Schmid gegeben. — Der Sohn Schmid, welcher im Alter von ca. 24 Jahren stehe, sei die Seele des Geschäftes der Beklagten in Zürich, schalte und walte selbständig, kaufe und verkaufe, präsentire sich regelmäßig als Prokurist und unterzeichne per procura; wenn er auch im Handelsregister als solcher nicht eingetragen, so sei ihm doch thatsächlich die Prokura ertheilt worden durch ausdrückliche zum Voraus ertheilte Erlaubniß zu allen im Geschäfte vorkommenden Rechtshandlungen, — entweder vom Vater Schmid allein oder in Verbindung mit dem Associe und Leiter der Filiale in St. Gallen; letzterer werde dafür als Zeuge angerufen, von den Verhältnissen in Zürich sei er vollständig unterrichtet. Eventuell wäre in diesen Thatsachen eine Handlungsvollmacht im Sinne von Art. 426 des Obl.-R. zu erblicken, jedenfalls aber sei speziell die streitige Bestellung vom Vater Schmid ausdrücklich genehmigt worden, und habe dieser den Sohn angewiesen, den Bestellschein zu unterzeichnen, darauf allerdings habe er sich aus dem Laden entfernt. — Hinsichtlich der Einrede des Widerrufes wendet der Kläger zunächst ein, daß es sich um ein Geschäft unter *anwesenden* Kontrahenten handle, indem Wormser nicht bloß als Bote, sondern als handlungsbevollmächtigter Vertreter der klägerischen Firma, bei der er sogar mitbetheiligt sei, gehandelt habe. Sodann bestreitet der Kläger, daß der Absagebrief vor der Bestellung bei ihm angelangt sei. Wormser habe die Bestellung zwischen 9 und 10 Uhr aufgenommen und den Brief gleichen Tages auf dem Bahnhof noch vor 12 Uhr der Post übergeben, der Brief des Sohnes Schmid sei erst bei einer spätern Postvertheilung eingelangt. — Zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages bezw. eigenen Erfüllungsverzuges wird in thatsächlicher Beziehung zwar zugegeben, daß noch an weitere Kunden in der deutschen Schweiz verkauft worden sei, dagegen bestritten, daß Wormser eine Zusicherung, dies nicht zu thun, gegeben habe, und eventuell entgegnet, es wäre hierin ein zweiter selbständiger Vertrag zu erblicken, dessen Nichterfüllung die Beklagten nicht zur Aufhebung des Kaufes, sondern nur zum Schadensersatzanspruch berechtigen würde. — Der Kläger beruft sich für die Richtigkeit seiner Behauptungen auf die persönliche Befragung des Beklagten J. H. Schmid, Vater, und diejenige seines Sohnes, dem er den Streit verkündete, eventuell auf denselben als Zeugen; als solchen ruft er fernerhin die Ladentochter Marie Schmid, eine Nichte des Firmainhabers in St. Gallen an, unter Vorbehalt weiterer Zeugennennung bezüglich der Stellung des Sohnes Schmid im Geschäft.

H. Aus der Darstellung der beklagten Partei über die streitige Unterhandlung ist noch Folgendes hervorzuheben. In der Klageantwortschrift wurde angegeben, bei jener Unterredung des Sohnes Schmid sei von den Geschäftsinhabern Niemand zugegen gewesen. Bei der heutigen mündlichen Klagebeantw-

tung führte dagegen der Anwalt der Beklagten an: Als der Reisende erschienen, sei auch der Vater Schmid im Laden gewesen, da jener aber französisch gesprochen, und er selbst sich dessen nicht genügend mächtig gefühlt, habe er den Sohn angewiesen, mit dem Reisenden in Verkehr zu treten, in der Meinung, daß er sehen möge, was derselbe wolle und ihn dann abspeise; bei der Auswahl der Muster sei er aber nicht mehr im Laden gewesen. — Der Beklagte J. H. Schmid, Vater erklärte sodann heute bei persönlicher Befragung Folgendes: Um $^1/_2$12 Uhr, als der Reisende gekommen, sei er, Schmid, im Laden beschäftigt gewesen, obwohl er etwas französisch verstehe, habe er doch den Reisenden, wenigstens im Zusammenhange nicht verstehen können, und daher seinem Sohne gerufen, damit dieser mit jenem unterhandle, er sei im Laden verblieben, habe sich aber mit andern Leuten beschäftigt. Um welchen Artikel es sich handle, habe er gewußt, aber sofort gesehen, daß derselbe etwas altes, d. h. keine Neuheit sei. Der Reisende habe dem Sohne erklärt, daß er dem Geschäft den Alleinverkauf des Artikels übertragen wolle, sodann die Muster vorgewiesen und deren Verwendung an einem Hemd vorgezeigt. Darauf habe er, Vater Schmid, dem Sohne gesagt, die Sache sei nicht neu, und deßhalb „wollen wir von der Alleinvertretung Nichts wissen.“ Darauf sei er wieder auf die Seite zu seiner Beschäftigung gegangen und bald hernach habe er sich in ein oberes Stockwerk begeben. Nach seiner Rückkunft in den Laden habe ihm der Sohn mitgetheilt, er habe dem Reisenden ein Rechnungsformular geben und auf demselben die Bestellung unterzeichnen müssen; sofort habe er jenem befohlen, unverzüglich nach dem Mittagessen dem Pariser Hause zu schreiben, daß er von der Bestellung Nichts wissen wolle; dies sei um 1 Uhr geschehen und der Brief sofort auf die Post gegeben worden. Die Unterzeichnung dieses Schreibens habe er sich nicht vorbehalten, daß dasselbe mit „pp.“ unterschrieben sei, habe er bis heute nicht gewußt und (nach Vorweisung des Briefes) das könne nicht heißen: per procura; sondern sei sonst ein Haken. Es komme oft vor, daß der Sohn Briefe unterzeichne, und dies sei ganz natürlich, da es ja in einem Geschäfte gar nicht anders gehe; auch im Kopirbuche seien verschiedene Briefe von ihm unterzeichnet, bald mit dieser, bald mit jener Form; aber nirgends finden sich Bestellungen von dessen Hand, nie habe er ihm die Erlaubniß zu solchen gegeben, auch für den vorliegenden Fall nicht; wenn der Sohn in seiner Abwesenheit etwas Derartiges verhandle, behalte er sich stets seine (des Vaters) Zustimmung vor. — Nachdem sodann dem Befragten der vom Gegenanwalt vorgelegte Brief, Akt 17, vom 10. Januar d. J. vorgewiesen worden, worin jenem die Annahmeverweigerung der Waare bestätigt wird, und welcher vom Sohne Schmid unterzeichnet ist: „per Gebrüder Schmid J. H. Schmid“, wobei die Worte „Gebrüder Schmid“ gestempelt sind, antwortete jener, dieser Stempel sei für das Geschäft zu verschiedenen Zwecken nöthig, z. B. für Postsachen. — Als endlich die Gegenpartei in weiterm Vortrage die heutigen Antworten des Vater Schmied beleuchtet hatte, erklärte dieser auf die weitere Frage, ob er wirklich seinem Sohne nur erklärt habe, sie wollen von der Alleinvertretung Nichts wissen und diese Ablehnung nicht auf die Waare ausgedehnt habe, — er habe sich zum Sohne allerdings auch geäußert, sie wollen von der *Waare* Nichts wissen und er solle den Reisenden fortschicken.

I. Der Anwalt des Klägers beantragte die Gutheißung der Klage, unter Kostens- und Entschädigungsfolge, derjenige der Beklagten im gleichem Sinne Verwerfung derselben.

Entscheidungsgründe:

1. Die Befugniß des Geschäftsreisenden des Klägers, für diesen als sein Stellvertreter den im Streite liegenden Kaufvertrag abzuschliessen, ist zwar bestritten worden, allein offenbar ohne Grund; denn die Stellung eines Reisenden dieser Art enthält ohne weiteres die Handlungsvollmacht, Verkäufe für den Prinzipal abzuschliessen, und dies ist ja gerade seine Aufgabe.

2. Einer einläßlichern Prüfung bedarf die Frage, ob auch die Rechtshandlungen des

Sohnes J. H. Schmid beim streitigen Geschäft für dessen Prinzipal, die beklagte Firma, rechtliche Wirkung haben. Hiezu ist erforderlich, daß derselbe dazu Vollmacht von Seiten der zur bezüglichen Willenserklärung für die Firma legitimirten Person gehabt habe, sei es eine allgemeine für die zu deren Geschäftsbetrieb überhaupt erforderlichen Rechtshandlungen oder wenigstens eine solche zur Aufnahme der zum Geschäftsbetriebe gehörenden Waarenbestellungen, sei es die Erlaubniß, speziell die heute im Streite liegende Bestellung zu machen, welcher Spezialvollmacht auch eine im Anschluß an die Vertretungshandlung des Sohnes Schmid erfolgte hinterherige Genehmigung des Prinzipals rechtlich gleichstehen würde. Zur Ertheilung einer solchen Spezialvollmacht bezw. Ratihabition erscheint nach Art. 560 des O.-R. jeder Antheilhaber der Gesellschaft competent, und es kommt nun in Frage, ob der Associe J. H. Schmid, Vater, wie der Kläger behauptet, seinem Sohne die Erlaubniß zur Bestellung speziell gegeben oder letztere unmittelbar hernach genehmigt habe.

3. Der beklagte J. H. Schmid, auf dessen Angaben, nebst denjenigen seines Sohnes, die Instruktion des beklagtischen Anwaltes unzweifelhaft beruht, ließ zuerst vorbringen, er sei beim Erscheinen des Reisenden des Klägers überhaupt nicht anwesend gewesen; damit steht aber seine heutige Darstellung in seltsamem Widerspruch, denn hiernach wohnte er der Unterhandlung größtentheils bei, und war nur am Schlusse abwesend. Ferner giebt er zu, daß er verstanden habe, was Wormser gewollt und behauptet, es sei ihm sofort klar geworden, daß der offerirte Artikel keine Neuheit sei, er habe aber nichtsdestoweniger, weil des Französischen nicht genügend mächtig, seinen Sohn gerufen, damit er mit jenem spreche und denselben sodann, nachdem von der Uebertragung des Alleinverkaufes für die deutsche Schweiz geredet, die Muster vorgewiesen und deren Verwendung gezeigt worden sei, angewiesen, dem Reisenden einen ablehnenden Bescheid zu geben. Diesem Gebot zuwider aber habe dann der Sohn seine kurze Abwesenheit benutzt, um doch eine Bestellung aufzugeben, dieselbe indeß auf sein Geheiß unverzüglich widerrufen. Dabei gab Vater Schmid zunächst an, jene Ablehnung habe er in dem Sinne erklärt, daß er von der Alleinvertretung des Artikels, weil dieser ein alter sei, Nichts wissen wolle, später aber veränderte er dies wieder dahin, er habe gesagt, daß man vom Artikel überhaupt Nichts wissen wolle und er den Reisenden fortschicken solle. Schon diese nicht unerheblichen Abweichungen in der Erzählung des Herganges setzen deren Zuverlässigkeit in ein bedenkliches Licht. Noch als zweifelhafter erscheint der Werth dieser Angaben, wenn man damit andere des Vaters Schmid vergleicht. So namentlich die Instruktion an den Anwalt, der klägerische Reisende habe den Alleinverkauf zugesichert und dies sei vom Sohne acceptirt worden, ferner derselbe habe die Bestellung nur mit dem ausdrücklichen Vorbehalt seiner, des Vaters Genehmigung aufgegeben. Jene Darstellung ist mit diesen Behauptungen unvereinbar; denn es darf nicht daran gedacht werden, daß der Sohn Schmid, nachdem ihm vom Vater die Bestellung verboten, sowie auch die Vertretung des Artikels abgelehnt worden, den nächsten Augenblick der Abwesenheit des Vaters dazu benutzt habe, den Kauf dennoch abzuschließen, aber mit Vorbehalt der Genehmigung des Vaters, sich ferner die Vertretung des Artikels, der vom Vater zudem soeben als alt und werthlos erklärt worden war, zusichern zu lassen und diesem in der nächsten Minute eine derartige Geschäftsführung vor Augen zu legen. Gegen die Wahrheit der Erzählung des beklagten J. H. Schmid spricht auch entschieden der Inhalt des Widerrufschreibens des Sohnes. Nicht mit einem Worte wird darin der angeblich vorbehaltenen Genehmigung der Bestellung und der Verweigerung derselben erwähnt, während doch dieser Grund, wenn wahr, als durchschlagend gewiß angeführt worden wäre, man begnügte sich, für den Widerruf das äußerst schwache Argument anzuführen, daß der Artikel keine Neuheit und zu theuer sei. Ja, man drückte sich geradezu dahin aus, die Bestellung werde „annullirt", was des Deutlichsten der Auffassung entspricht, sie sei zu Stande gekommen und existent. Wenn

die Angaben des beklagten J. H. Schmid überhaupt Glauben verdienen, so würde daraus hervorgehen, daß derselbe sich, nachdem der Reisende seine Muster vorgewiesen, in die Verhandlung mit demselben eingemischt habe, und zwar im Sinne entschiedener Ablehnung; dann aber gerade ist, wie schon erwähnt, seine Erzählung über den weitern Gang der Sache das Allerunwahrscheinlichste. Die Darstellung des Beklagten ist somit durch sich selbst widerlegt. Ihre offenbare Unwahrheit zeigt aber, wie es mit der Bestreitung der klägerischen Behauptungen steht. Letztere sind dagegen wahrscheinlich. Es ist nicht im Ernste daran zu denken, daß Wormser, wenn der Sohn Schmid sich wirklich die Genehmigung des Vaters vorbehalten hätte, das Lokal verlassen hätte, ohne zu verlangen, daß Jener, der in der Nähe war, sich hierüber ausspreche. Da sich ferner Wormser offenbar zunächst an den Vater Schmid gewendet hatte, ist auch wahrscheinlich, daß er vor dem Geschäftsabschluß sich entweder direkt über die Legitimation des Sohnes erkundigt, oder daß das Benehmen des Vaters Schmid ein derartiges gewesen sei, daß jener hierin eine stillschweigende Genehmigung der Bestellung erblicken durfte. — Demnach ist anzunehmen, die Willenserklärung zum Kauf sei auch auf Seite der Beklagten in rechtlich gültiger und für letztere verbindlicher Weise vorhanden, und der Vertrag damit beiderseits durch die Personen von Stellvertretern zu Stande gekommen.

4. Da die Handlungen eines Stellvertreters denjenigen des Vertretenen rechtlich durchaus gleichstehen, so war der Vertrag mit dem Abschluß der Verhandlung in Zürich perfekt und sofort verbindlich und es kann nicht etwa, weil die Prinzipale der beiden Stellvertreter sich an zwei verschiedenen Orten befanden, von einem zwischen abwesenden Kontrahenten abgeschlossenen Vertrage die Rede sein, aus diesem Grunde fällt die Einrede des Widerrufes, wie der klägerische Anwalt zutreffend ausführte, ohne weiteres als unstichhaltig dahin.

5. Unbegründet ist endlich auch die Einrede eigenen Erfüllungsverzuges des Klägers. Abgesehen davon, daß die faktische Grundlage derselben, daß nämlich Wormser bei seinem Versprechen behaftet worden sei, den Beklagten den Alleinverkauf fraglichen Artikels für die deutsche Schweiz zu übertragen, vom beklagten J. H. Schmid als unwahr zurückgewiesen wird, geht die Darstellung des beklagtischen Anwaltes keineswegs dahin, daß die Uebertragung des Alleinverkaufes als die Bedingung der Bestellung verstanden worden sei. Mithin wäre in derselben ein zweiter, nebem dem Waarenkauf einhergehender und von diesem selbständiger Vertrag zu erblicken, und es könnte daher aus einer Nichterfüllung dessen nicht ein Mittel zum Angriff auf jenen Kaufvertrag, d. h. die Bestellung, hergeleitet werden. — Aus diesen Gründen ist die Klage gutzuheißen.

Schluss:

1. Die Klage ist gutgeheißen und die Beklagten sind schuldig, die dem Kläger bestellte Waare im Fakturawerthe von 1010 Fr. 75 Rp. abzunehmen und demselben letztere Summe per 7. März 1887 zu bezahlen.
2. Die Staatsgebühr wird auf 90 Fr. angesetzt.
3. Die Kosten sind den Beklagten aufgelegt und es haben dieselben dem Kläger eine Prozeßentschädigung von 100 Fr. zu bezahlen.
4. Mittheilung.

Die Verantwortlichkeit

der Theilnehmer an einem Raufhandel für die civilrechtlichen Folgen der in dem letztern Seitens eines oder mehrerer Mittheilnehmer verübten Körperverletzung.

Dieselbe ist nur begründet, wenn den Theilnehmern ein mit der Körperverletzung im Causalzusammenhang stehendes Verschulden zur Last fällt. Art dieses Verchuldens.

I.

Einem Strafurtheil der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom *3. Februar 1887* entnehmen wir folgende, die obige Frage berührende Erwägungen:

Die Haftpflicht der beiden Appellanten für die civilen Folgen der Körperverletzung des

Wirth und Stößel darf nicht einfach aus dem **Vergehen** der Theilnahme an einem Raufhandel im Sinne des § 140 des St.-G.-B., dessen sie schuldig erklärt worden sind, abgeleitet werden. Zu den Voraussetzungen dieses Vergehens gehört nämlich der Causalzusammenhang mit der eingetretenen Körperverletzung keineswegs (siehe Liszt Strafrecht § 93 II.) und ohne diesen Causalzusammenhang könnte eine solche zivilrechtliche Haftpflicht nur dann gerechtfertigt werden, wenn dieß durch klare gesetzliche Vorschrift ausgesprochen wäre, also auf Grund eines sogenannten Quasidelikts oder einer Obligatio ex lege. Allein eine solche Vorschrift besteht nicht und deßwegen können auch die wegen bloßer Theilnahme an einem Raufhandel criminell Bestraften für die civilrechtlichen Folgen der Körperverletzung nur auf Grundlage der gewöhnlichen Grundsätze über die Schadensersatzpflicht aus Verschulden haftbar gemacht werden. Es muß ihnen also ein Verschulden (Dolus oder Culpa) nachgewiesen werden, welches mit der Körperverletzung im Causalzusammenhang steht (siehe Fuchsberger, Strafrecht 227 Z. 2).

Ein solches Verschulden der beiden Appellanten liegt jedoch ganz unzweifelhaft darin, daß Heinrich Krauer nach unverdächtigen Zeugenaussagen schon bevor die Körperverletzungen stattfanden, gerufen hat: „d'Hegel uf", und Johannes Meier: „Alli versteched mer". Man darf zwar nicht so weit gehen, in diesen Ausrufen eine förmliche Aufforderung, vom offenen Messer Gebrauch zu machen, also einen Dolus zu erblicken, sondern es ist wohl gedenkbar, daß sie damit nur ihre Gegner schrecken wollten, allein auch dann lag darin eine arge Fahrlässigkeit, denn sie mußten voraussehen, daß ihre Kameraden leicht dem Rufe Folge leisten, also die Messer wirklich ziehen und dann auch gebrauchen könnten und wenn daher Johannes Krauer dieß in der That auch gethan, so hat hiezu allerdings das fahrlässige Handeln der beiden Appellanten mitgewirkt. Demnach besteht sowohl ein Verschulden der letztern als auch ein Causalzusammenhang zwischen demselben und der eingetretenen Körperverletzung. Dieses Verschulden genügt, um die beiden Appellanten mit Johannes Krauer für den ganzen Schaden gemäß Art. 60 des O.-R. solidarisch haftbar zu machen und braucht nicht mehr untersucht zu werden, ob vielleicht noch weitere Verschuldungsmomente auf Seite der beiden Appellanten vorhanden sind, welche ebenfalls mit der Körperverletzung im Causalzusammenhange stehen, wie namentlich der Umstand, daß sie die Rauferei provozirten. Die Frage, für welchen Betrag den beiden, jedenfalls nur wegen grober Fahrlässigkeit zum Schadensersatz verpflichteten Appellanten der Regreß auf den wegen Dolus dazu verurtheilten solidaren Mitschuldner Johannes Krauer zustehe, ist von der ersten Instanz dahin beantwortet worden, daß sie nur je $^1/_6$ an sich selbst zu tragen haben. Eine besondere Appellation in dem Sinne, daß ihnen der Regreß auch noch für diesen $^1/_6$ gewährt werde, liegt nicht vor; auch wäre dieser Streitpunkt zwischen ihnen und Johannes Krauer auszutragen.

II.

Einem zweiten, dieselbe Frage behandelnden *Civil*urtheil des nämlichen Gerichtshofes vom *5. März 1887* lag in der Hauptsache folgender Thatbestand zu Grunde:

Der Schreiner Jacob Kielmeier in Unterstraß kam am Abend des 28. April 1886 circa 9 Uhr in die Wirthschaft zum untern Riedli daselbst und traf als einzige Gäste die beiden Brüder Friedrich und Conrad Heinrich Peter an, von denen er jedoch nur den erstern (Friedrich Peter) kannte. Bald gerieth er mit diesem in Wortwechsel, es ist indessen nicht festgestellt, wer diesen angefangen hat. Im Verlaufe desselben stand Kielmeier auf und erhob sein Glas, wie er sagt, um auszutrinken und sich zu entfernen, wie die beiden Peter behaupten, mit der nicht zu verkennenden Absicht, dasselbe dem Friedrich, mit welchem der Streit bestand, über den Kopf zu schlagen. Auf welcher Seite in diesem Punkt die Wahrheit gesprochen wurde, ließ sich wiederum mit Sicherheit nicht ermitteln. Dagegen steht fest, daß daraufhin *beide* Brüder Peter den Kielmeier anpackten und ihn gewaltsam aus der Wirthschaft beförderten. Im Freien wurde derselbe sodann von *Conrad*

Heinrich Peter die Treppe hinuntergeworfen und derart mißhandelt, daß er einen einfachen Bruch beider Knochen im untern Drittheil des rechten Unterschenkels erlitt und in Folge dessen bis zum 21. August gänzlich und von da bis zum 16. Oktober theilweise arbeitsunfähig war. Während dieses Vorfalls stand Friedrich Peter auf der Vortreppe und betrat die Wirthschaft erst gleichzeitig mit seinem Bruder wieder. In dem darauf durchgeführten Strafprozeß wurden Conrad Heinrich Peter der vorsätzlichen Körperverletzung, verübt im Raufhandel und Friedrich Peter der Theilnahme an einem Raufhandel, in dem obige Körperverletzung verübt wurde, schuldig erklärt und demgemäß bestraft. Da der Damnificat die Civilansprüche in einem besondern Prozeß geltend zu machen wünschte, war im Strafprozeß nicht darauf einzutreten. Die Schadenersatzklage kam denn auch und zwar wurden beide Brüder Peter in dem Sinne belangt, daß Conrad Heinrich (der Urheber der Körperverletzung) für drei Viertheile, unter solidarer Haft für den weitern Viertheil, und Friedrich (der bloße Theilnehmer am Raufhandel) für einen Viertheil des Gesammtschadens (896 Fr.) aufzukommen habe. *Gestützt auf den angegebenen Thatbestand wurde die Klage zweitinstanzlich in vollem Umfange und genau wie sie gestellt worden, gutgeheissen* und zwar bezüglich des Friedrich Peter

aus folgenden Gründen:

1. In einem Strafurtheile vom 3. Februar 1887 hat die Appellationskammer des Obergerichts bereits den Grundsatz ausgesprochen, daß die civilrechtliche Haftung der wegen bloßer Theilnahme an einem Raufhandel schuldig erklärten Angeklagten nur aus Art. 50 u. f. des schw. Obl.-R. hergeleitet werden könne. Es genügt daher auch im vorliegenden Falle zur Gutheißung der Klage gegen Friedrich Peter keineswegs, daß er wegen dieses Vergehens mit Recht schuldig erklärt und zu 70 Fr. Geldbuße verurtheilt worden ist, sondern es hat der Kläger nachzuweisen, daß seine Verletzung mit einem Verschulden des Friedrich Peter im Causalzusammenhang stehe. Es genügt also nicht, wie im Strafprozesse der Nachweis des Causalzusammenhangs zwischen der Verletzung und der Rauferei als solcher ohne Rücksicht auf die Handlungen oder Unterlaßungen der einzelnen Theilnehmer an derselben.

2. Allein ein solches Verschulden auf Seite des Friedrich Peter, wenn auch nur eine Fahrlässigkeit, darf unbedenklich als vorhanden angenommen werden. Es steht nämlich fest, daß er gemeinsam mit seinem Bruder Conrad Heinrich den Kielmeier in der Wirthsstube gepackt und durch den Hausgang bis auf die Vortreppe gewaltsam hinausbefördert hat. Dazu war er, obschon vorher zwischen den Parteien Wortwechsel stattgefunden hatte, bei dem auch den Kielmeier ein Verschulden treffen mag, nicht berechtigt, weßhalb er ja auch wegen Theilnahme an einer Rauferei verurtheilt worden ist. Nun ist gewiß klar, daß ohne sein Mitwirken sein Bruder Conrad Heinrich, der den Kielmeier nicht näher kannte und bei dem Wortwechsel weniger betheiligt war als Friedrich, denselben nicht angepackt hätte und jedenfalls auch allein nicht im Stande gewesen wäre, zur Wirthschaft hinaus zu befördern, ebenso wenig denselben hierauf noch die Treppe hinunter geworfen und mißhandelt hätte, wenn sein Bruder, der während des ganzen Vorfalles oben auf der Vortreppe stand, ihn hiezu nicht durch seine Anwesenheit und zum Mindesten stillschweigende Zustimmung ermuthigt hätte, obschon es ihm ohne Zweifel ein Leichtes gewesen wäre, ihn davon abzuhalten. Dieses gewiß schuldhafte Benehmen des Friedrich Peter steht daher mit der Verletzung des Kielmeier im Causalzusammenhange, dagegen kann man dasselbe nicht als Dolus, rücksichtlich des eingetretenen Erfolges, auffassen, weil eine auf Herbeiführung einer körperlichen Verletzung des Kielmeier gerichtete Absicht nicht nachgewiesen ist.

3. Nach Art. 50 und 54 des schw. O.-R. hat bezüglich der Größe des zuzusprechenden Schadenersatzes der Richter ziemlich freie Hand, darf also auch, wo zwei Beklagte gemeinsam, der eine durch Dolus, der andere durch bloße culpa einen Schaden verursacht haben, die Schadensersatzpflicht des letztern erheblich niedriger ansetzen als diejenige des

erstern. Der Kläger verlangt nun aber von Friedrich Peter auch nur einen Viertheil des gegenüber Conrad Heinrich Peter geltend gemachten Schadenersatzes und in diesem höchst reduzirten Umfange ist seine Forderung nach richterlichem Ermessen auch gutzuheißen.

Schadenersatzklage

des Vermiethers gegen den einseitig vom Vertrage zurückgetretenen Miether.

Einrede der Befreiung vom Vertrage wegen Erfüllungsverzug des Klägers (Art. 277, 122 und 123 des O.-R.).

(Obergericht Zürich, Appellationskammer. 5. Februar 1887.)

Ein Gebäudeeigenthümer an der Bahnhofstrasse-Zürich vermiethete seine Parterrräume an den Inhaber einer Gemäldesammlung, welcher letztere daselbst ausstellen wollte und zwar für die Zeit vom 16. August bis 18. September 1886 gegen Zusicherung eines Miethzinses von 300 Fr. Der Miethvertrag wurde am Samstag den 14. August abgeschlossen und es ist in demselben bestimmt, daß sich der Vermiether verpflichte, die vermietheten Lokalitäten reinigen zu lassen und vor dem Schaufenster richtige Rouleaux zum Aufziehen anzubringen. An den Miethzins wurden 100 Fr. zum Voraus bezahlt. Am Montag den 16. August reklamirte der Miether, daß das Rouleau noch nicht angebracht sei und schrieb am Vormittag des 17. August, 9½ Uhr, daß er, weil Adressat (der Vermiether) seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkomme, auf seine Kosten anderswo miethen werde. Er erhielt aber am gleichen Tage die Antwort, es werde am Vertrag festgehalten und auch im Falle des Nichtantrittes der Miethe Bezahlung des Miethzinsrestes von 200 Fr. verlangt. Das Rouleau sei unverzüglich nach Vertragsabschluß bestellt worden, habe aber, weil der 15. August ein Sonntag gewesen, vor dem 16. Abends mit dem besten Willen nicht erhältlich gemacht werden können, jetzt sei es fertig und wäre auch vor dem Schaufenster schon angebracht worden, wenn es nicht zu stark geregnet hätte; dieses Umstandes halber hätten die Handwerker die Anbringung verweigert, so bald es aber zu regnen aufhöre, werde dieselbe binnen kürzester Frist bewerkstelligt werden. Zweck des Rouleaux sei, den Sonnenschein abzuhalten und habe somit das Fehlen desselben keine Bedeutung, so lange es regne. Der Miether beachtete diese Ausführungen nicht, sondern miethete am gleichen 17. August ein anderes Lokal. Am 18. August Mittags wurde das Rouleau fertig angeschlagen. In dem darauf entstandenen Prozeß handelte es sich darum, ob der Miether trotz seines Nichteinzuges nicht gleichwohl den Miethzinsrest von 200 Fr. als Schadenersatz bezahlen müsse. Er bestritt dieß und verlangte im Gegentheil Rückzahlung der bereits bezahlten 100 Fr., weil Gegner in Erfüllungsverzug gerathen und er deßhalb zum Vertragsrücktritt berechtigt gewesen sei. *Der Anspruch des Vermiethers auf Bezahlung der 200 Frkn. wurde gutgeheissen, derjenige des Miethers dagegen auf Rückvergütung der schon geleisteten 100 Fr. abgewiesen.*

Gründe:

1. Die Frage, ob der Beklagte zum Rücktritt vom Miethvertrage berechtigt gewesen sei, ist zu verneinen. Der einzige Mangel, welcher nach seinen Ausführungen dem Miethlokale zur Zeit, als es bezogen werden sollte, anhaftete, war das vorläufige Fehlen eines Fensterrouleaux zum Schutze gegen die Sonne. Nun ist zu beachten, daß der Miethvertrag das Rouleau nicht als vorhanden bezeichnet, sondern dessen Anbringung dem Kläger erst zur Pflicht macht. Daraus folgt, daß von einem Mangel nur dann die Rede sein kann, wenn der Kläger seiner Vertragspflicht zur Anbringung des Rouleaux innerhalb vernünftiger Frist nicht genügt hat. Da der 15. August, der Tag nach dem Vertragsabschluß, ein Sonntag war, konnte dem Kläger nicht zugemuthet werden, für die Fertigstellung der Arbeit vor dem 17. August Mittags oder Abends zu sorgen. Es ist durchaus glaub-

haft, wenn derselbe vortragen läßt, eine Fertigstellung des Rouleaux im Laufe des 16. August sei ein Ding der Unmöglichkeit gewesen, indessen auch angenommen, es wäre dem nicht so und es sei der Kläger in der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen wirklich läßig gewesen, so berechtigte dieß den Beklagten noch keineswegs zum *sofortigen* Rücktritt vom Vertrage. Nach Art. 277 und 122 des O.-R. war er in diesem Falle verpflichtet, dem Kläger eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder ansetzen zu lassen. Da er dieß zugestandenermaßen nicht gethan, hat er sich des Rechtes zum nachherigen sofortigen Rücktritt vom Vertrage begeben und bleibt an die contraktliche Vereinbarung einfach gebunden. Freilich beruft sich nun der Beklagte auf Art. 123 des O.-R. und behauptet, es habe sich in concreto um eine Leistung auf ganz bestimmte Zeit gehandelt, doch ist diese Einwendung kaum eine ernstliche, da es sich schon nach dem Wortlaute des Vertrages und noch viel mehr nach dessen klarem Sinn hier nicht um ein Fixgeschäft handelte.

2. Ist hiernach der Beklagte ohne Grund einseitig vom Vertrage zurückgetreten, so haftet er dem Kläger aus dem Titel des Vertragsbruches für den Schaden und dieser kommt dem eingeklagten Miethzinsrest von 200 Fr. gleich, weil nicht behauptet wird, daß es dem Kläger gelungen sei, die fraglichen Lokalitäten innerhalb der im Miethvertrag genannten Zeit anderweitig nutzbar zu machen. Die Unbegründetheit des beklagtischen Anspruches auf Rückvergütung der bezahlten 100 Fr. ergibt sich aus dem Gesagten von selbst.

Prozessualisches.

Die passive Streitgenossenschaft ist als vorhanden zu betrachten, sobald die eingeklagte Verpflichtung den mehreren Beklagten *unter der Voraussetzung der Richtigkeit der Klagebegründung* gemeinsam zukommt. Subjective Klagenhäufung. Unzulässigkeit einer theilweisen materiellen Entscheidung, wenn der Richter findet, daß die mehreren Beklagten nicht gleichzeitig in Einem Verfahren belangt werden können. Auf Grund eines Comprommisses der Parteien kann nach zürcherischem Prozeßrecht ein Streit nicht direkt an die zweite Instanz gebracht werden.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer. 12. Februar 1887.)

Zwei Brüder, die als Kollectivgesellschafter ein gemeinsames Geschäft führen, wurden auf Grund des Art. 50 u. folgd. des O.-R. auf Schadenersatz eventuell Genugthuung belangt, weil sie gemeinsam und im Komplott die unwahre Thatsache, es habe Kläger in ein Irrenhaus gebracht werden müssen, mit dem Bewußtsein ihrer Falschheit, also dolos und eventuell fahrlässig verbreitet und jenen dadurch öconomisch geschädigt, eventuell ihn in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt haben. Das Bezirksgericht führte aus, daß sich ein gemeinsames complottartiges Vorgehen der Beklagten nicht nachweisen lasse und daß, weil dieselben für einen allfälligen Schaden oder eine zu sprechende Genugthuungssumme nur unter dieser Voraussetzung *solidarisch* verantwortlich gemacht werden könnten, die Frage der Solidarhaft definitiv zu verneinen, im Uebrigen aber die Klage angebrachtermaßen abzuweisen sei, weil die beiden Beklagten Mangels der Voraussetzungen der passiven Streitgenossenschaft und der zulässigen subjectiven Klagenhäufung nicht in Einem Verfahren belangt werden können.

Die Appellationskammer war anderer Ansicht. Sie hob das bezirksgerichtliche Urtheil auf und wies den Prozeß mit der Anweisung zurück, die Sache an Hand zu behalten und in Einem Urtheil sowohl über die Schuldpflicht der Beklagten an sich als eventuell über die Frage der Solidarhaft zu entscheiden.

Gründe:

1. Die erste Instanz führt aus, daß in concreto weder von einer passiven Streitgenossenschaft im Sinne des § 240 des Rechtspflegegesetzes noch von einer *zulässigen* subjectiven Klagenhäufung im Sinne des § 243 des nämlichen Gesetzes gesprochen werden könne. Dieser Schluß war nun aber sicherlich bloß geeignet, die Abweisung der Klage *angebrachtermassen* zu rechtfertigen und es kann deßhalb nicht gebilligt werden, wenn das Bezirksgericht gleichwohl insofern einen materiellen Entscheid gegeben hat, als es die Frage der solidaren Haftbarkeit der Beklagten definitiv und zwar in verneinendem Sinne entschied. Wo es sich, wie hier, objectiv nur um Ein Klagebegehren handelt, ist der Schluß, daß die mehreren Beklagten nicht gleichzeitig in Einem Verfahren belangt werden können, nicht theilbar, sondern entweder bezüglich des ganzen Klagebegehrens richtig oder dann unrichtig. Das Zutreffende dieser Ausführung zeigt sich denn auch hier deutlich genug darin, daß der theilweise definitive Entscheid des Bezirksgerichtes ein rein hypothetischer ist, der dann keinerlei praktische Bedeutung hat, wenn man schließlich finden sollte, es sei keiner der beiden Beklagten oder nur der eine oder andere etwas schuldig. Solche Kuriositätsentscheide sollen die Gerichte nicht geben und ebenso unzulässig ist es, nur über einen Theil einer Klage, namentlich aber über einen bloß eventuell in Betracht kommenden materiell zu entscheiden, weil unser Prozeßrecht, abgesehen vom Vorurtheil, kein Theilurtheil kennt.

2. Aus dem Gesagten folgt, daß wenn mit der ersten Instanz anzunehmen wäre, es liegen weder die Voraussetzungen einer passiven Streitgenossenschaft noch diejenigen einer zulässigen subjectiven Klagenhäufung vor, die Klage nicht nur theilweise, sondern in ihrem ganzen Umfange *angebrachtermassen* abgewiesen und der theilweise definitive Entscheid cassirt werden müßte. Dieser ist aber auch dann zu cassiren, wenn der zweitinstanzliche Richter die Belangung der Beklagten in Einem Verfahren für zulässig erkärt, denn auch dann liegt darin ein unzulässiges Theilurtheil. Die Frage der Solidarhaft kann nur gleichzeitig mit der Frage der Schuldpflicht überhaupt entschieden werden.

3. Die Frage nun, ob die Belangung der Beklagten auf Bezahlung der eingeklagten 3500 Fr. in Einem Verfahren zulässig sei, muß im Gegensatz zur erstinstanzlichen Auffassung bejaht werden. Der Kläger klagt gegenüber den beiden Beklagten ein und dieselbe Leistung ein und stützt den Anspruch darauf, daß dieselben gemeinsam und im Komplott die unwahre Thatsache, er habe ins Irrenhaus versetzt werden müssen, mit dem Bewußtsein der Falschheit, also dolos verbreitet und ihm dadurch einen Vermögensschaden im eingeklagten Betrag zugefügt, eventuell ihn in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt haben und deßwegen zur Praestirung einer Genugthuungssumme in Geld verpflichtet seien. Die Richtigkeit dieser Klagebegründung vorausgesetzt, folgt aus derselben nicht nur das Bestehen der Schuldpflicht in der Person beider Beklagten, sondern sicherlich auch, daß ihnen dieselbe gemeinsam zukommt und ist somit in diesem Falle eine derjenigen Voraussetzungen gegeben, an deren Vorhandensein der § 240 des Rechtspflegegesetzes unter Anderm die passive Streitgenossenschaft knüpft, dieß genügt aber vollständig, um die letztere anzunehmen. Entscheidend ist eben nur, ob die gegen mehrere Beklagte eingeklagte Verpflichtung denselben *unter der Voraussetzung der Richtigkeit der Klagebegründung* gemeinsam zukommt und es geht absolut nicht an, daß der Richter bei Prüfung der Frage nach dem Vorhandensein der Requisite einer passiven Streitgenossenschaft oder zulässigen subjectiven Klagenhäufung Untersuchungen über die *materielle Richtigkeit* des Klagefundamentes anstelle. Indem der erstinstanzliche Richter das gethan hat, ist er auf Abwege und namentlich zu dem interessanten Entscheid gelangt, eine einzelne Frage definitiv und materiell zu entscheiden, obgleich er auf den Anspruch selbst nicht eintrat. Ob die eingeklagte Verpflichtung den Beklagten auch dann gemeinsam zukommt, wenn sie nicht komplottartig vorgegangen sind, ihre Handlungen nicht auf einen gemeinsamen Willen zurückgeführt werden können

und eventuell, ob sie selbst dann noch solidarisch einzustehen hätten, wenn überhaupt kein Dolus, sondern nur Fahrlässigkeit angenommen werden könnte, sind Fragen, die nach dem Gesagten nicht weiter zu untersuchen sind. Es kann davon um so eher Umgang genommen werden, als wenn dieselben auch verneint werden wollten, doch selbst in diesen Fällen zum Allermindesten gesagt werden müßte, daß die gegen beide Beklagten eingeklagten Ansprüche gleichartige seien, die sich im *Wesentlichen* auf die gleichen Thatsachen und Rechtsgründe stützen, also die Voraussetzungen der subjectiven Klagenhäufung zutreffen, denn unterstellt auch, es habe jeder der Beklagten die fragliche unwahre Thatsache für sich allein und ohne Wissen und Willen des Andern verbreitet, so bleibt doch bei Beiden die Klagethatsache gemeinsam, daß sie das *nämliche*, angeblich schadenbringende Gerücht erzeugt haben und ebenso ist der Rechtsgrund bei Beiden der gleiche, nämlich derjenige der unerlaubten Handlung.

4. Nach dem Gesagten muß das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben und der Prozeß an das Bezirksgericht zurückgewiesen werden, mit dem Auftrag, die Klage gegen beide Beklagte in Einem Verfahren zu behandeln, d. h. auf das Materielle einzutreten und in der Sache selbst, sei es sofort oder erst nach durchgeführtem Beweisverfahren, was wohl richtiger sein dürfte, ein Urtheil auszufällen. Zwar hat der Kläger den Antrag gestellt, es möchte der Prozeß hierorts an Hand behalten und sei es sofort oder nach durchgeführtem Beweisverfahren mit Umgehung der ersten Instanz materiell entschieden werden und auch die Beklagten haben sich für den nun eingetretenen Fall, daß die Behandlung der Klagen in Einem Verfahren als zulässig erklärt werde, mit der sofortigen hierseitigen materiellen Behandlung einverstanden erklärt. Sie thaten das sogar in der Form einer Anschlußappellation, was aber natürlich irrthümlich ist, weil eine Beschwerde darüber, daß das Bezirksgericht die Klage nicht materiell verworfen hat, keinen Sinn hat, wenn gleichzeitig daran festgehalten wird, daß dasselbe mit Recht nicht auf das Materielle eingetreten sei. Es konnte sich vielmehr auf Seite der Beklagten wie des Klägers nur um das von der Appellation unabhängige Gesuch hierseitigen materiellen Eintretens handeln. Demselben kann jedoch keine Folge gegeben werden, weil ein materieller erstinstanzlicher Entscheid gar nicht vorliegt, die Anhandbehaltung der Sache deßhalb lediglich auf einem Compromiß der Parteien beruhen würde, auf Grund eines solchen aber nach zürcherischem Prozeßrecht ein Streit nicht direkt an die zweite Instanz gebracht werden kann.

Anderweitige Auszüge
aus Urtheilen der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

I.

Uebernahme der väterlichen Liegenschaften durch den Sohn. (Vorzugsrecht des § 1895 des P.-R. G.-B.) *Streit über die Frage, auf welchen Zeitpunkt dieselbe anzusetzen sei* (§ 2013 des P.-R. G.-B.).

Bei der erbrechtlichen Auseinandersetzung über einen, Einem Sohn und mehreren Töchtern angefallenen Nachlaß hatte sich die Erklärung des erstern, die im Nachlasse befindlichen Liegenschaften zu übernehmen, einige Zeit verzögert und es erhob sich in Folge dessen die Streitfrage, auf welchen Zeitpunkt die Uebernahme festzusetzen sei, ob, wie die klagende Tochter verlangte, auf den Todestag des Erblassers oder, wie der beklagte Sohn beanspruchte, auf den Tag der vorzunehmenden kanzleiischen Fertigung der Liegenschaften. Das Bezirksgericht hat die Streitfrage in ersterm Sinn beantwortet und die Appellationskammer hat den Entscheid bestätigt mit folgender Begründung:

Die Beschwerde des Beklagten ist im Prinzip gutzuheißen. Denn, da durch den Erbschaftsübergang die sämmtlichen Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile Miteigenthum an den Erbschaftssachen erwerben, sind im vorliegenden Fall auch die Liegenschaften zunächst in das Miteigenthum der Schwestern

des Beklagten und des letztern selbst gelangt und sind sie alle in demselben Verhältniß an den Erträgnissen wie an den Lasten (Verzinsung der grundversicherten Schuld, Kosten der Bearbeitung des Gewerbes u. s. w.) betheiligt für die Zeit seit dem Tode des Erblassers bis zur Uebernahme der Liegenschaften durch den Beklagten.

Es hätte dieser Satz strenge genommen zur Folge, daß eine diesen Zeitraum umfassende Ausrechnung über die Erträgnisse und die Lasten vorgenommen werden müßte, es kann indessen im vorliegenden Falle davon abgesehen werden. Der Beklagte hat sich seit dem Tode seines Vaters unbestrittenermaßen auf dem Gewerbe aufgehalten und ist demselben vorgestanden. Die Früchte desselben hat er bezogen. Daß davon auch etwas den beiden verheirateten Schwestern zugekommen sei, wird nicht einmal behauptet. Neben dem Beklagten und seiner Familie hat allerdings auch die Mutter und die unverheiratete Schwester Marie auf dem Heimwesen gelebt, allein das, was sie daraus bezogen, darf als aufgewogen angesehen werden durch die Mithülfe derselben bei der Besorgung des Gewerbes. Berücksichtigt man überdem, daß die grundversicherten Schulden (Fr. 10,000 zu Gunsten der Kantonalbank) kaum $^2/_5$ des Werthes der sämmtlichen Liegenschaften ausmachen, so erscheint es angemessen, in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz, den Beklagten zu verpflichten, die auf dem Gewerbe ruhenden Lasten vom Todestage des Erblassers an zu tragen. Damit erledigt sich dann auch das Begehren des Beklagten um Zusprechung einer Lohnforderung für die Besorgung des Heimwesens in der erwähnten Zeit durch ihn und seine Ehefrau. (29. Jenner.)

II.
Die Versammlung der Rebbergbesitzer als Polizeibehörde.

Rebenbesitzer sind berechtigt, nach Vorschrift von § 4 des Gesetzes betreffend die Flurpolizei über den Beginn der Weinlese Beschluß zu fassen und das Betreten der Rebberge zu verbieten unter Androhung von Polizeibuße, und wenn sie von dieser Befugniß Gebrauch machen, so sind sie als competente Behörde im Sinne des § 1040 des Rechtspflegegesetzes zu betrachten und demgemäß ist ein Zuwiderhandeln gegen jenes Verbot als Polizeiübertretung zu behandeln.

Das fragliche Rebenverbot verstößt ferner nicht gegen den durch die Bundes- und kantonale Verfassung gewährleisteten Grundsatz der Gewerbefreiheit; die Auslegung des Art. 31 der Bundesverfassung ist immer dahin gegangen, es seien polizeiliche Beschränkungen der Gewerbefreiheit, welche aus Gründen des öffentlichen Wohls abgeleitet sind, vorbehalten. Als eine solche polizeiliche Vorschrift, welche das öffentliche Wohl erfordert und dem Grundsatz der Gewerbefreiheit keinen Abbruch thut, stellt sich der citirte § 4 dar, auf Grund dessen Maßnahmen zum Schutze des landwirthschaftlichen Grundeigenthums und seiner Erzeugnisse beschlossen werden können. (Januar 1887.)

III.
Schriftliche Form als Erforderniss der Vertragsgültigkeit.

Der Verkäufer eines Heimwesens belangte seinen Käufer auf Bezahlung des Vorerlöses, den dieser anläßlich des Wiederverkaufs jenes Heimwesens gemacht haben soll, wurde aber abgewiesen, weil, wenn man auch den erstinstanzlich dafür abgenommenen Zeugenbeweis, daß Beklagter dem Kläger beim Ankauf jenes Heimwesens die Ueberlaßung eines allfällig beim Wiederverkauf zu erzielenden Vorerlöses wirklich versprochen habe, — als geführt betrachten wollte, dieser Vereinbarung Mangels ihrer schriftlichen Beurkundung keine Gültigkeit zukomme. Man kann nämlich, — wird in den bezüglichen Erwägungen ausgeführt, — diesen Vertrag nur entweder als ein Schenkungsversprechen oder dann als eine zum Kaufvertrag selbst gehörende Bestimmung, speziell als bedingte Zusicherung eines weitern Kaufpreises im Umfange des zu erzielenden Vorerlöses auffassen, in beiden Fällen aber war die Beobachtung der schrift-

lichen Form nothwendig. (Art. 10 des schw. O.-R. und §§ 912, 1386 und 1091 des P.-R. G.-B.) Zwar ist auch bezüglich des Kaufes des Heimwesens die Vereinbarung der Parteien nicht in Schrift verfaßt worden, allein dieselben haben den Kauf sofort notarialisch fertigen lassen und es hätte daher die gegenwärtig streitige Verabredung entweder ebenfalls ans Notariatsprotokoll genommen oder darüber noch eine schriftliche Urkunde ausgestellt werden sollen. (8. Februar 1887.)

IV.

Bei contocorrentähnlichem Geschäftsverkehr ist nur eine Klage auf Leistung des jeweiligen Saldos zulässig.

Ein Restaurateur stand mit einem Weinhändler in mehrjährigem Geschäftsverkehr, der darin bestand, daß letzterer dem erstern Weine lieferte und dafür, jedoch nur in unregelmäßigen Zwischenräumen und ohne Bezugnahme auf einzelne specielle Lieferungen, meistens in der Form von Accepteinlösungen, Zahlungen erhielt. Nach Schluß des Verkehrs trat der Weinhändler mit einer Klage auf, vermittelst welcher er wenigstens anfänglich einfach einzelne und zudem noch ziemlich weit zurückliegende Posten aus dem Gesammtverkehr herausgriff und deren Betrag mit der Behauptung, daß solcher noch nicht bezahlt worden sei, einklagte. Dieses Vorgehen wurde jedoch auf die Einwendung des Beklagten hin als unzulässig erklärt und ausgeführt, daß Kläger den eingeklagten Betrag nur als Schlußsaldo des ganzen Verkehrs geltend machen könne, demnach einen den Gesammtverkehr umfassenden Buchauszug vorlegen und an Hand desselben zeigen müsse, daß ihm der geforderte Betrag als Abrechnungsresultat noch zukomme. (19. Februar.)

V.

Die rechtliche Bedeutung eines Kassabuch-Eintrages durch den Verwalter eines öffentlichen Gutes.

Eine Schulgutsverwaltung klagte gegenüber den Erben des verstorbenen Gutsverwalters die Bezahlung derjenigen Summe ein, welche sich nach einer auf den Amtsaustritt gestellten Rechnung als Restschuld des Erblassers ergab. Die Beklagten bestritten das Bestehen einer Schuld aus der Verwaltung des letztern und begründeten diese Bestreitung hauptsächlich damit, daß ihr Rechtsvorfahr den Betrag, den sein Amtsvorgänger anläßlich seines Amtsrücktrittes dem Schulgut schuldig verblieben sei und der sich auf 2322 Fr. 02 Rp. belief, von demselben nie erhalten habe. Da indeß der Erblasser der Beklagten bei seinem Amtsantritt in das Cassabuch der Schulgutsverwaltung eigenhändig eingetragen hatte: „An Cassabestand *resp. Geldablieferung* von R. N.-G. (Name seines Amtsvorgängers) 2322 Fr. 02 Rp.“ so hat das Gericht die Klagebestreitung in diesem Hauptpunkte zurückgewiesen, davon ausgehend, daß dem genannten Eintrag in das eigene Kassabuch der Klägerin *dieser gegenüber* der Charakter einer *vertraglichen* Anerkennung des Empfanges jener Summe zukomme und daran sowohl der Erblasser als seine Erben gebunden seien, auch wenn der fragliche Betrag in Wirklichkeit nicht eingegangen wäre. Im letztern Falle habe der Erblasser der Beklagten die Schuld des frühern Verwalters gegenüber der Gemeinde auf sich genommen und können seine Erben die Bezahlung derselben verlangen. (19. Februar.)

VI.

Schenkung von Sparheften.

Ein Erblasser hatte vom October 1878 bis ungefähr um die gleiche Zeit des Jahres 1882 successive 13 verschiedene Sparhefte auf die Zürcher Kantonalbank erworben, die theils auf den Namen seiner zweiten Ehefrau, theils auf die verschiedenen Namen der drei Kinder zweiter Ehe (2 von denselben führen je 3 Namen), dann aber auch auf Namen lauteten, welche in der Familie des Erblassers nicht vorkommen, die aber in den Sparheften dennoch als solche von Kindern des letztern bezeichnet werden. Der Bestand dieser Hefte war ein stetig wechselnder, indem der Erblasser aus allen periodische Rückzüge und hernach wieder Einlagen machte, im Januar und Februar

1885 liquidirte er dann aber alle auf einmal und legte erst am 12. März gl. Js. vier neue Hefte an, lautend auf die Namen seiner Frau und der drei Kinder zweiter Ehe. Die erste Einlage in jedes dieser neuen Hefte betrug 50 Frkn., am 13. April erfolgte aber eine zweite von je 1000 Fr. Am 26. Mai 1885 verstarb der Erblasser und in dem darauf zwischen den Kindern erster Ehe einer- und ihrer Stiefmutter sowie den Kindern zweiter Ehe anderseits entstandenen Erbschaftsprozeß war nun auch die Frage streitig, ob nicht die drei auf die Namen der zweiten Beklagten (Kinder zweiter Ehe) lautenden Sparhefte von je 1050 Frkn. von denselben aus dem Titel der Schenkung angesprochen werden können. (Das auf die Wittwe lautende Heft wurde wenigstens in diesem Prozeß nicht in die Erbsmasse verlangt.) Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Richter gelangte die Appellationskammer zur Verneinung der Frage, indem sie im Wesentlichen ausführte:

1. Angenommen auch, es rühre das Geld zu den Einlagen der drei im Streite liegenden Sparkassahefte von je 1050 Fr. wirklich, — wie die Beklagten behaupten, — aus der im Februar 1885 erfolgten Liquidation der 13 alten Sparhefte her, so muß es dennoch als aus dem Vermögen des Erblassers kommendes Geld erklärt werden, weil sich der ganze frühere Sparkassaverkehr vom Oktober 1878 bis Februar 1885 einfach als ein Contocorrentverkehr des Erblassers mit der Sparkasse darstellt, bei dem nur deßwegen die Namen von Familienangehörigen herbeigezogen wurden, weil es nicht möglich war, die Gesammtsumme beim nämlichen Institute auf ein einziges Heft anzulegen und bei dem die Absicht zu schenken überall nicht oder doch nicht in dem Sinne obgewaltet hat, daß sich der Erblasser der fraglichen Beträge in sofort wirksam werdender, einer completen Veräußerung gleichkommender Weise hätte entäußern wollen und weil unter diesen Umständen keine Rede davon sein kann, daß schon die in diesen Sparheften documentirt gewesenen Guthaben auf Grund vollzogener Schenkungen unter Lebenden den Beklagten gehört hätten.

2. Davon ausgegangen, muß so lange angenommen werden, daß die Hefte von je 1050 resp. die darin representirten Guthaben dem Erblasser selbst zugestanden haben, als nicht bewiesen ist, daß er sich jener Beträge schon durch deren Anlage allein ein und für alle Mal zu Gunsten seiner Kinder entäußern wollte. Dazu genügt indeß nicht die allgemeine Absicht, die fraglichen Guthaben den Kindern überhaupt zukommen zu lassen, sondern es ist ein auf **sofortiges** Wirksamwerden der Vermögensveräußerung gerichteter Wille nothwendig, indem nur dann von einer in Vollzug gesetzten Schenkung gesprochen werden kann. Dafür, daß ein so gearteter Schenkungswille vorgelegen habe, wird nun aber lediglich auf die Thatsache abgestellt, daß die fraglichen Einlagen auf die Namen der beklagten Kinder gemacht worden sind, allein nach constanter Praxis genügt dieser Umstand nicht zum Beweise dafür, daß das Rechtsgeschäft mit der Sparkasse für jene Personen, auf deren Namen die Sparkassahefte ausgestellt wurden, abgeschlossen worden sei, sondern es bedarf dazu entweder der Uebergabe der Hefte an die letztern oder sonst einer besondern Documentirung des Willens, daß sich der Einleger der betreffenden Beträge wirklich sofort entäußern wolle. Ohne dieß kann etwas Weiteres als das Inaussichtnehmen einer Schenkung nicht als festgestellt betrachtet werden (siehe Ullmer, Commentar zu § 142 des P.-R. G.-B. Nr. 230 und zu § 144 Nr. 238, sowie Handelsrechtliche Entscheidungen Bd. II pag. 412). Im vorliegenden Falle kann um so weniger weiter gegangen werden, als der frühere Sparkassaverkehr des Erblassers einen schlagenden Beweis dafür bildet, daß er die bloße Anlage von Sparheften auf den Namen von Frau und Kindern überall nicht als eine perfecte, das Dispositionsrecht zu seinen Gunsten ausschließende Vermögensveräußerung angesehen hat und in Uebereinstimmung damit denn auch noch besondere Momente für die Annahme vorliegen, daß es sich bei Anlage der streitigen Hefte gerade wie früher nur um die Eröffnung und Unterhaltung eines neuen Contocorrentverkehrs des Erblassers mit der Bank gehandelt hat. (19. Februar.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. April 1887. VI. Band. № 7.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

der

Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

vom 15. März 1887

in Sachen

der *Wittwe Anna Knapp geb. Eigenheer*, Mühlegasse Nro. 23 in Zürich, Klägerin und Appellantin,

gegen

die *Bremer Versicherungsbank*, Beklagte und Appellatin,

betreffend

Forderung aus Lebensversicherungsvertrag.

Einrede der Verwirkung des Anspruches auf die Versicherungssumme wegen Täuschung des Versicherers durch den Versicherten beim Vertragsabschluß.

Streitfrage:

Ist die Beklagte verpflichtet, der Klägerin die Versicherungssumme von Fr. 6000 sammt Zins vom 21. Mai 1886 an zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Der am 17. Oktober 1839 geborne Ehemann der Klägerin, Franz Joseph Knapp, Bandagist, kam im Jahre 1872 nach Zürich, heiratete anno 1873 und ließ sich im Jahre 1875 bei der Stuttgarter Lebensversicherungsgesellschaft zum ersten Mal für 3000 Frkn. versichern. Im Jahre 1883 schloß er ferner mit der französischen Gesellschaft „Phoenix" einen Lebensversicherungsvertrag für 5000 Fr. ab und stellte im Oktober 1884 bei der nämlichen Gesellschaft einen Antrag auf Nachversicherung im Betrage von weitern 5000 Fr., dieser wurde indeß auf Grund eines Zeugnisses des Anstaltsarztes, dahin gehend, daß *in diesem Momente* die Organe des Proponenten wahrscheinlich in Folge einer Ueberarbeitung nicht die nöthige Solidität und Kraft haben, um die Verdoppelung des Versicherungscapitals vom letzten Jahre empfehlen zu können, — vom Verwaltungsrath des Phoenix abgelehnt. Nach der Behauptung der Klägerin hätte Knapp keine dieser Versicherungen gesucht, sondern wäre durch wiederholte Zureden der Unteragenten zu den bezüglichen Antragstellungen veranlaßt worden.

B. Am 20. August 1885 stellte Knapp bei der Beklagten (der Bremer Lebensversicherungsbank) einen weitern Versicherungsantrag im Betrage von 6000 Fr. Im Eingang desselben ist gesagt: „Die nachstehenden

Fragen hat diejenige Person, deren Leben versichert werden soll, gewissenhaft, vollständig, ausführlich und schriftlich auf diesem Formular zu beantworten und am Schlusse eigenhändig zu unterschreiben." Dann folgen die Fragen, von denen nachfolgende mit den beigefügten Antworten hervorzuheben sind:

6 b. Leiden Sie oder litten Sie öfter, speziell in den letzten Jahren oder in letzter Zeit an Husten oder Heiserkeit?

Antwort: An leichtem Husten im Frühjahr und *Rheumatismus*.

6 d. Leiden Sie oder haben Sie gelitten an Herzklopfen, Herzkrankheit, Leberleiden, Magenbeschwerden, Wassersucht, Fisteln, Gicht, *Rheumatismus*, *namentlich Gelenkrheumatismus*, Lähmung der Glieder und in welchen Jahren?

Antwort: Nein.

6 h. Wann sind Sie zum letzten Mal krank gewesen?

Antwort: Im Frühjahr.

Worin bestand die letzte Krankheit?

Antwort: *Im Frühjahr an Rheumatismus.*

Haben Sie bei der erwähnten letzten Krankheit einen Arzt um Rath befragt und welcher war es, behandelte er Sie lange Zeit?

Antwort: Dr. Werner.

6 i. Wer ist oder war Ihr Hausarzt oder derjenige, dessen Sie sich bei vorkommenden Krankheitsfällen bedient haben?

Antwort: Dr. Werner.

9 a. Ist von Ihnen bei irgend einer oder mehreren Versicherungsanstalten resp. bei Agenten solcher Anstalten schon ein Mal eine Lebensversicherung oder spätere Nachversicherung zu schließen beantragt oder auch nur angemeldet worden? Wann und bei welchen Versicherungsanstalten geschah es?

Antwort: Ist bei Stuttgarter Gesellschaft schon seit 10 Jahren versichert und bei Phoenix seit 3 Jahren.

Wurden die von Ihnen beantragten Versicherungen von den betreffenden Anstalten angenommen oder abgewiesen? Wann und bei welchen Gesellschaften geschah es? Sie sind sämmtlich einzeln anzugeben!

Antwort: Ist angenommen!

Der ganze Antrag mit Ausnahme der Antworten ist gedruckt. Dessen Schluß lautet:

„Ich erkläre mich mit den mir in allen einzelnen Theilen genau bekannten Statuten und Versicherungsbedingungen hiemit durch meine eigenhändige Unterschrift einverstanden und bezeuge außerdem noch, daß vorstehende Fragen wahrheitsgemäß beantwortet und daß ich bezüglich meiner frühern wie jetzigen Krankheiten nichts darin verschwiegen habe, *unterwerfe mich dieserhalb auch der Bedingung, dass alle aus dem Abschlusse gegenwärtiger Versicherung für die Bank hervorgehenden Verbindlichkeiten erloschen sein sollen, wenn nachgewiesen werden würde, dass eine der im gegenwärtigen Antrag enthaltenen Fragen der Wahrheit entgegen beantwortet wäre oder bei der bevorstehenden ärztlichen Untersuchung meinerseits unrichtige Angaben gemacht werden sollten.*"

Die sämmtlichen Antworten im Antrag sind nicht von Knapp selbst, sondern vom Agenten der Beklagten, Namens Kästle, geschrieben worden und es behauptete die Klägerin ferner und verstellte auch zum Beweise, daß ihr Ehemann diese Versicherung wieder nicht gesucht, sondern erst nach 4- bis 5maligem Besuche durch den Agenten Kästle sich zur Antragsstellung habe bestimmen lassen.

C. Am 24. August 1885 fand die ärztliche Untersuchung des Knapp durch den Arzt der Beklagten, Dr. Auchlin in Oberstraß statt. Dieser berichtete an die Gesellschaft:

„Knapp hatte in der Jugend die Rothsucht, *im 21. Jahr 5 Wochen lang im Basler Spital Gelenkrheumatismus*, im 28. Jahr eine leichte Fußverletzung und im Frühjahr 1885 eine Bronchitis. Das Herz ist nicht vergrößert, die Töne rein, der Herzschlag etwas verstärkt, die Gefäße normal. Das Herz- und Gefäßsystem sind also gesund, der durchgemachte Rheumatismus bewirkte keine Klappenveränderungen, bloß einen etwas starken Herzstoß. Ich habe *keinen* Grund anzunehmen, daß die in der Declaration gegebenen Antworten resp. einzelne Theile derselben nicht der Wahrheit gemäß sind, (Dr. Auchlin besaß also den Ver-

sicherungsantrag), der Rheumatismus (der im 21. Altersjahr) wurde jedenfalls ohne Absicht vergessen anzugeben. Knapp ist bei der Stuttgarter für 3000 Fr., beim Phoenix für 5000 Fr. versichert, nirgends abgewiesen worden. Ich halte ihn für vollkommen gesund und demnach zur *Normal*prämie annehmbar, *weil derselbe seit 25 Jahren keinen Rheumatismus mehr gehabt und die Herztöne rein sind ohne Veränderung der Klappen.*"

D. Die Beklagte nahm hierauf den Versicherungsantrag des Knapp an. Die darüber ausgestellte Police datirt vom 16. September 1885. Nach Inhalt derselben wurde die Versicherung auf Grund der Statuten und Versicherungsbedingungen sowie der vom Antragsteller eingereichten Antragspapiere und lediglich für und zu Gunsten des den Versicherten überlebenden Ehegatten eventuell der überlebenden Kinder oder, falls auch solche nicht vorhanden sein sollten, zu Gunsten der Erben des Versicherten abgeschlossen und dabei bemerkt, es könne die Auszahlung der Versicherungssumme bankseitig an den Ueberbringer der Police gemäß den §§ 35 und 45—48 der Statuten geschehen und dieser Namens der Empfangsberechtigten quittiren.

Aus den Statuten der beklagten Gesellschaft sind folgende Bestimmungen hervorzuheben:

§ 29. Die Person, welche eine Versicherung abzuschließen wünscht, hat dieses auf einem gedruckten Antragsformular zu beantragen. Die in diesem Antragsformular enthaltenen Fragen hat der Antragssteller gewissenhaft und ausführlich der Wahrheit gemäß zu beantworten und dann am Schluße eigenhändig zu unterschreiben, ferner muß der Antragsteller ein ärztliches Gesundheitszeugniß den Antragspapieren beifügen."

§ 30. „Schwächliche und kränkliche Personen können zur Versicherung nicht angenommen werden. In zweifelhaften oder unklaren Fällen steht es der Bank frei, höhere Prämienanrechnungen eintreten zu lassen, auch ist sie befugt, den Policen besondere Bedingungen beizufügen."

§ 40. *Eine jede Versicherung wird ungültig und erlischt, so dass alle Ansprüche auf die Bank aufgehoben und die eingezahlten Prämien der Bank verfallen sind:*

2) *wenn es sich herausstellt, dass in dem Antrage (§ 29) wahrheitswidrige Angaben gemacht sind, welche bei Beurtheilung des Gesundheitszustandes von Einfluss hätten sein können.*

E. *Am 21. Mai 1886* starb Franz Joseph Knapp mit Hinterlassung von zwei minderjährigen Kindern und der Wittwe, Anna geb. Eigenheer (der heutigen Klägerin). Auf Begehren der letztern wurde am 25. Mai das öffentliche Inventar bewilligt. Dasselbe zeigt, die streitigen 6000 Fr. auf die beklagte Gesellschaft inbegriffen, bloß ein Nettovermögen von 2039 Fr. 35 Rp. Ob und von wem der Nachlaß angetreten worden ist, ergibt sich aus den Akten nicht.

F. Der Hausarzt der Familie Knapp, Dr. Werner, bezeugte am *1. Juni 1886*:

„Knapp starb an den Folgen der Recidive einer Endocarditis. Er hatte im Laufe des letzten Frühjahrs und Sommers einen ebenso heftigen wie hartnäckigen acuten Gelenkrheumatismus zu überstehen, welcher mit Endocarditis und Bronchitis complicirt war. Obgleich er sich im Laufe des Sommers und Spätjahres gegen Erwarten gut erhalten hatte, trat während des Winters gegen Weihnachten wieder eine Recidive der Endocarditis ein, welche nach mehrmonatlicher Dauer schließlich unter Hinzutritt mehrfacher bronchogneumonischer Heerde unter den Erscheinungen der Herzafficirung das tödtliche Ende herbeiführte."

G. Am 30. August 1886 schrieb die Beklagte an Wittwe Knapp: Sie könne nach den Antragspapieren eine Zahlungspflicht noch nicht anerkennen, wisse aber nicht, mit wem sie betreff Regulirung der Angelegenheit in Verbindung treten solle. Nach Inhalt der Police stehe allerdings die Versicherungssumme *nur ihr* als dem überlebenden Ehegatten zu, allein sie könnte ihre Rechte aus derselben den Waisenbehörden abgetreten haben und dann müßte mit diesen unterhandelt werden. Sie werde daher um möglichst baldige Mittheilung darüber ersucht, ob sie Rechte aus der Versicherung ableite oder solche auf die Waisenbehörden übergegangen

seien. — Die Antwort scheint dahin gelautet zu haben, daß eine Abtretung der Rechte an die Waisenbehörden (zu Handen der Kinder) nicht stattgefunden habe. Am 13. Oktober 1886 frugen Honegger und Zuppinger den Generalagenten der Beklagten an, ob die Versicherungssumme ausbezahlt oder die Auszahlung verweigert werde und die gleiche Anfrage richteten sie am 2. November und 2. Dezember an die Beklagte selbst. Am 6. Dezember kam dann endlich die Antwort, man solle Vorschläge zur gütlichen Beilegung der Sache machen, allein die Klägerin wollte davon nichts wissen, sie verlangte die vollen 6000 Fr. und erklärte nur auf Zinsen und Kosten verzichten zu wollen, wenn die Auszahlung sofort stattfinde.

H. Damit war der Streit ausgebrochen und es erfolgte Klageinleitung beim Bezirksgericht Zürich. Hier bestritt nun die Beklagte zunächst die Activlegitimation der Klägerin, indem sich frage, ob nicht andere Personen den Nachlaß angetreten haben und diese allein zur Geltendmachung der Rechte aus dem Versicherungsvertrag befugt seien. Eventuell, — und dieß war natürlich der Hauptstandpunkt, — wurde geltend gemacht, daß alle Ansprüche gegenüber der Beklagten aus dem Versicherungsvertrag erloschen seien, weil sich herausgestellt, daß der Versicherte im Versicherungsantrag wahrheitswidrige Angaben gemacht habe und dieser Thatbestand sowohl nach den ausdrücklichen Vertragsbestimmungen (siehe Eingang und Schluß des, einen Bestandtheil des Vertrages bildenden Versicherungs-Antrages und § 40 Ziff. 2 der Statuten), als nach § 1717 des zürcherischen Privatr. G.-B. die bezeichnete Folge (Verlust aller Ansprüche) nach sich ziehe. Die citirte Gesetzesstelle (§ 1717) lautet: „Der Versicherte darf den Versicherer nicht durch unwahre Angaben noch durch unredliche Verschweigung einflußreicher Umstände zu täuschen und zur Versicherung zu bewegen suchen. Fällt jenem eine erhebliche Verschuldung zur Last, so verliert er allen Anspruch auf die Versicherungssumme und darf weder die bezahlten Prämien zurückfordern, noch die Bezahlung der zur Zeit der Entdeckung seiner Schuld bereits verfallenen und der laufenden Prämien verweigern." Durch das Zeugniß des Dr. Werner, — wird ausgeführt, — sei hergestellt, daß Knapp im Frühjahr und Sommer 1885 an einem ebenso heftigen wie hartnäckigen akuten Gelenkrheumatismus gelitten habe, diese Krankheit aber sei von ihm sowohl der Anstalt als deren Arzt gegenüber wissentlich verheimlicht worden, wofür auf die Antwort auf Frage 6 d. und den Bericht des Dr. Auchlin, sowie auf folgendes Zeugniß des letztern abgestellt werde: „Aus den noch vorhandenen Notizen kann ich angeben, daß soweit in meinem Bericht von Rheumatismus gesprochen wird, darunter stets der im Basler Spital fünf Wochen lang durchgemachte Gelenkrheumatismus des 21. Jahres gemeint ist, *den mir Knapp damals zuerst nicht angegeben, nachträglich aber in Folge Constatirung des etwas verstärkten Herzschlages mitgetheilt hat. Dass er im Frühjahr 1885 einen zweiten heftigen Gelenkrheumatismus zu bestehen hatte, war mir gänzlich unbekannt, und ist von ihm auch nicht angegeben worden. Nur weil bei ihm seit dem 21. Jahr, also seit dem dannzumal durchgemachten akuten Gelenkrheumatismus kein Recidiv und auch kein Klappenfehler aufgetreten ist und nur verstärkter Herzstoss bestand, konnte er als günstig taxirt werden. Die Kenntniss des im Jahr 1885 wieder neuerdings aufgetretenen Rheumatismus hätte den Mann ganz anders taxiren müssen.*" Aus diesem Zeugniß, — bemerkt die Beklagte, — gehe auch hervor, daß wenn der Versicherer die genannte Krankheit nicht verschwiegen hätte, es nicht zum Vertragsabschluß gekommen wäre. Demselben falle aber weiter zur Last, daß er die im Oktober 1884 beim Phoenix beantragte Nachversicherung und deren Ablehnung durch den letztern trotz Frage 9 a mit keinem Worte erwähnt habe, und endlich werde behauptet, daß sich Knapp im Jahr 1884 beim Hin- und Hertransport von Patienten überlupft habe und seither fortwährenden Blutungen unterworfen gewesen sei, auch davon aber anläßlich der Versicherungsaufnahme geschwiegen habe.

I. Die Klägerin bestritt, daß ihr Ehemann irgend etwas verheimlicht habe. Daß sich

derselbe jemals überlupft und in Folge dessen periodischen Blutungen unterworfen gewesen sei, werde durchaus in Abrede gestellt. Dem Unteragenten Kästle, welcher den Versicherungsantrag aufgenommen habe, sei nichts verschwiegen worden, auch die Krankheit vom Frühjahr 1885 nicht, denn in Frage 6b und 6h sei ja gesagt, daß der Verstorbene damals an Rheumatismus gelitten habe und das allein sei entscheidend. Der medizinisch-technische Name „Gelenkrheumatismus" sei dem letztern nicht bekannt gewesen und nicht einmal der Agent habe gewußt, daß auf den Unterschied zwischen Rheumatismus im Allgemeinen und Gelenkrheumatismus im Speziellen von der Gesellschaft Gewicht gelegt werde, woher es rühren möge, daß derselbe nach Beantwortung von Frage 6b es nicht mehr für nöthig gefunden habe, des Rheumatismus auch noch bei 6d Erwähnung zu thun. Auch von unrichtigen Angaben dem Anstaltsarzte gegenüber könne keine Rede sein. Dieser habe ja den Antrag besessen und daraus gesehen, daß Knapp im Frühjahr 1885 an Rheumatismus gelitten habe, gewiß sei für den letztern keine Veranlaßung vorgelegen, ohne spezielle Befragung des Arztes auf die Krankheit einzutreten, und daß er darnach gefragt worden sei, werde bestritten. Wenn die Beklagte wirklich in einen Irrthum versetzt worden wäre, so fiele die Schuld auf ihren Arzt, den Agenten und insofern auf sie selbst, als alle Gelegenheit vorhanden gewesen wäre, durch Befragung des Hausarztes Dr. Werner vollständige Klarheit in die Sache zu bringen. Ein Causalzusammenhang zwischen der Krankheit des Knapp vom Frühjahr 1885 und derjenigen, welche dessen Tod herbeigeführt habe, bestehe übrigens nicht und endlich sei zu beachten, daß die Prämie höher sei als die des gewöhnlichen Tarifs und gerade mit Rücksicht auf die Krankheit vom Jahre 1885 so hoch angesetzt worden sei. Die Unterhandlungen mit dem Phoenix im Oktober 1884 betr. der Nachversicherung und deren Resultat seien dem beklagtischen Agenten Kästle vollständig bekannt gewesen; er sei darüber von Lavater, dem Agenten des Phoenix, aufgeklärt worden und gerade diese Aufklärung habe denselben veranlaßt, mit Knapp in Verbindung zu treten, woraus folge, daß auch hier von einer Verheimlichung keine Rede sein könne.

K. Mit Urtheil vom 28. Januar 1887 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage ab und legte der Klägerin Kosten und Entschädigung auf. Die Begründung läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen.

1. Die Activlegitimation der Klägerin müsse schon aus dem Grunde anerkannt werden, weil die Versicherungspolice ausdrücklich zu ihren Gunsten laute und sich in ihren Händen befinde.

2. In materieller Beziehung stelle sich die Frage dahin, ob die Beklagte berechtigt sei, vom Versicherungsvertrag zurückzutreten und sich von ihren Verpflichtungen aus demselben als entbunden zu betrachten.

3. Thatsächlich könne gestützt auf das Zeugniß des Dr. Werner als feststehend betrachtet werden, daß der Versicherte im Frühjahr 1885 an einem Gelenkrheumatismus verbunden mit Endocarditis gelitten habe. Ob diese Krankheit mit derjenigen, welche im Mai 1886 den Tod herbeiführte, im Causalzusammenhang gestanden habe, könne zunächst unerörtert bleiben.

4. Ein Blick in die Declaration des Lebensversicherungsantrages zeige nun, daß der Versicherte gerade auf die Frage, ob er an Rheumatismus, namentlich Gelenkrheumatismus leide oder gelitten habe, mit einem kategorischen Nein geantwortet habe. Daß hier durch Verschulden des Unteragenten eine Verschiebung der Rubriken stattgefunden habe, wie die Klägerin behaupte, sei höchst unwahrscheinlich und gerade dafür auch ein Beweisanerbieten nicht gemacht worden.

5. Allerdings werde anderseits unter 6b auf die Frage: Leiden Sie oder litten Sie öfters, speziell in den letztern Jahren an Husten oder Heiserkeit? geantwortet: „an leichtem Husten *und Rheumatismus* im Frühjahr", allein von der besondern Krankheitsart des *Gelenk*rheumatismus sei nirgends die Rede.

6. Aus dem Berichte des Anstaltsarztes Dr. Auchlin über die Untersuchung des Knapp ergebe sich zwar, daß letzterer ihm gegen-

über die Thatsache zugegeben, im 21. Altersjahre einen Gelenkrheumatismus und im Frühjahr 1885 eine Bronchitis durchgemacht zu haben, allein von einem zweiten Gelenkrheumatismus im Frühjahr sei auch hier wiederum nicht die Rede. Diese Angaben, verbunden mit der Untersuchung scheinen dann den Anstaltsarzt veranlaßt zu haben, den Knapp in seinem Berichte vom 24. August 1885 als zur Versicherung annehmbar zu erklären, während derselbe nachträglich hervorhebe, daß der Mann ganz anders zu taxiren gewesen wäre, wenn er den Gelenkrheumatismus vom Jahre 1885 zugestanden hätte. Zu betonen sei ferner, daß Knapp nach dem Zeugnisse Auchlins den im 21. Jahr durchgemachten Gelenkrheumatismus erst zugestanden habe in Folge der Constatirung eines etwas verstärkten Herzschlages.

7. Uebergehend auf die Frage, wie diese Thatsachen in Anschung der Verpflichtungen des Versicherungsantragstellers zu würdigen seien, komme zunächst der § 1717 des P.-R. G.-B. in Betracht, wonach der Versicherte den Versicherer nicht durch unwahre Angaben noch durch unredliche Verschweigung einflußreicher Umstände zu täuschen und zur Versicherung zu bewegen suchen dürfe und wonach derselbe, wenn ihm eine erhebliche Verschuldung zur Last falle, allen Anspruch auf die Versicherungssumme verliere. Ferner sei zu berücksichtigen die nämliche Bestimmung, die sich in specialisirter Form in den Statuten der Beklagten (§§ 29 und 40, Zif. 2) finde und auf welche im einleitenden und abschießenden Texte des Versicherungsantrages ausdrücklich hingewiesen sei.

8. Da nun angenommen werden müsse, daß der Antragsteller von dem Inhalte der Declaration Kenntniß genommen und in bewußter Weise sich den statutengemäßen Bestimmungen der Beklagten unterworfen habe, so sei zweifellos, daß derselbe die an ihn gerichteten Fragen in vollem Bewußtsein von deren Bedeutung beantwortet habe. Wenn derselbe daher die Frage 6 d mit Nein beantwortet habe, während er sie mit Ja hätte beantworten müssen, so könne wohl keinem Zweifel unterliegen, daß dieß in der Absicht geschehen sei, die Wahrheit zu unterdrücken. Der Einwurf, es sei der Versicherte als Laie nicht in der Lage gewesen, den Unterschied zwischen Rheumatismus und Gelenkrheumatismus zu kennen, entbehre im vorliegenden Falle der Begründung, wenn man berücksichtige, daß derselbe wiederholt an der letztern Krankheit gelitten und bei der ärztlichen Untersuchung selbst angegeben habe, im 21. Jahr an *Gelenk*rheumatismus gelitten zu haben und übrigens habe derselbe jedenfalls durch die in der Declaration gemachte Auseinanderhaltung der beiden Begriffe auf den Unterschied und speziell darauf aufmerksam gemacht werden müssen, daß von der Beklagten auf den Gelenkrheumatismus besonderes Gewicht gelegt werde. Da auch gegenüber dem Anstaltsarzte wenigstens der im Frühjahr 1885 durchgemachte und hauptsächlich ins Gewicht fallende Gelenkrheumatismus verheimlicht worden, sei unzweifelhaft auf die Absicht des Versicherten zu schließen, die Versicherungsanstalt zu täuschen, um dieselbe zum Vertragsabschlusse zu veranlassen.

9. Betreffend die Frage der Erheblichkeit der verschwiegenen Krankheit, müsse solche nach der Natur des concreten Vertrages objectiv und nicht bloß nach dem willkürlichen Ermessen des Versicherers feststehen, dagegen sei ganz unerheblich, ob das verheimlichte Leiden mit dem eingetretenen Tode im Causalzusammenhang stehe oder nicht, es genüge, wenn der Versicherer vollen Grund gehabt hätte, bei Kenntniß der verheimlichten Krankheit den Vertrag nicht einzugehen und das sei durchaus festgestellt Angesichts der Thatsache, daß der untersuchende Arzt erkläre, es wäre Knapp in Bezug auf seinen Gesundheitszustand ganz anders zu taxiren gewesen, wenn er die mehrgenannte Krankheit angegeben hätte.

10. Die Behauptung der Klägerin, es hätte die Beklagte Veranlaßung und die Pflicht gehabt, sich beim behandelnden Arzte über den Gesundheitszustand des Antragstellers näher zu erkundigen, sei unbegründet, denn nach dem Gutachten des Anstaltsarztes auf Grund vorgenommener Untersuchung sei weder eine Veranlaßung, noch viel weniger eine Pflicht vorhanden gewesen, den Angaben des An-

tragstellers nicht zu trauen und dieselben ergänzen zu lassen.

11. Hienach stehe fest, daß der Ehemann der Klägerin bei Eingehung des Versicherungsvertrages die Beklagte in so erheblicher Weise getäuscht habe, daß diese berechtigt erscheine, vom Vertrage zurückzutreten und sei es nicht nöthig, zu untersuchen, ob auch noch in anderer Richtung Täuschungen vorliegen, die zum nämlichen Schluß führen müßten.

L. Die Klägerin appellirte und es stellte ihr Anwalt vor zweiter Instanz den Antrag auf Gutheißung der Klage, eventuell Aktenvervollständigung in verschiedenen Richtungen. Es wurde hauptsächlich der Beweis dafür anerboten, daß dem Laien der Unterschied zwischen Rheumatismus und Gelenkrheumatismus nicht bekannt sei, daß speziell Knapp den letztern Ausdruck nie gebraucht, sondern immer nur von Rheumatismus gesprochen, dagegen dem Agenten Kästle ausdrücklich erklärt habe, er hätte diesen im Frühjahr 1885 derart gehabt, daß er die Finger der einen Hand nicht mehr habe rühren können. Ferner berief man sich auf Kästle dafür, daß er im Antragsformular von *Gelenk*rheumatismus nur deßwegen nichts gesagt habe, weil er den Unterschied selbst nicht gekannt und nicht dahin instruirt worden sei, daß die Gesellschaft auf denselben großes Gewicht lege. Auch an dem Beweisanerbieten dafür wurde festgehalten, daß Kästle von den Unterhandlungen mit dem Phoenix betr. die Nachversicherung und deren Resultat vollständig unterrichtet gewesen sei, aber keinen Werth darauf gelegt und deßhalb im Antrag keinen Vormerk gemacht habe. Endlich wollte man beweisen, daß sich Knapp von der Krankheit im Frühjahr 1885 im August gl. Js. wieder so vollständig erholt gehabt, daß er auch bei Kenntniß ihres Charakters überall aufgenommen worden wäre.

Die Beklagte suchte um Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils nach.

Entscheidungsgründe:

Zunächst kann auf die Erwägungen des bezirksgerichtlichen Urtheils verwiesen werden und ist denselben nur noch folgendes beizufügen:

1. Die erste Instanz hat die der Klage entgegengesetzte Einrede der Verwirkung des Anspruchs auf die Versicherungssumme wegen Täuschung des Versicherers durch den Versicherten (§ 1717 des P.-R. G.-B.) mit Recht geschützt. Denn der Ehemann der Klägerin hat auf die bei der Antragstellung zu beantwortenden Fragen nicht nur unklare, sondern unvollständige und geradezu wahrheitswidrige Angaben gemacht und es liegt auch unzweifelhaft vor, daß dieselben bei Beurtheilung des Gesundheitszustandes von Einfluß gewesen sein können (§ 40 der Statuten). In letzterer Hinsicht darf einfach auf den ärztlichen Bericht, auf Grund dessen die Versicherung eingegangen wurde, verwiesen werden, in welchem der untersuchende Arzt die Frage, ob er den zu Versichernden für vollkommen gesund und demnach zur Normalprämie annehmbar halte, namentlich aus dem Grunde bejaht, weil Knapp seit 25 Jahren keinen Rheumatismus mehr gehabt habe, während nunmehr feststeht, daß derselbe im Frühjahr und Vorsommer 1885 einen akuten Gelenkrheumatismus durchgemacht hat, der ärztliche Befund somit ganz anders hätte ausfallen müssen.

2. Die Behauptung der Klägerin, Knapp habe diese Krankheit nicht verschwiegen, sondern im Antragsformular ja ausdrücklich bemerkt, daß er an Rheumatismus gelitten habe, somit nur eine ungenaue Angabe über den Charakter dieser Krankheit vorliege, was sich daraus erkläre, daß dem Laien der Unterschied zwischen Rheumatismus und Gelenkrheumatismus nicht geläufig sei, entspricht den thatsächlichen Verhältnissen nicht. Wenn auch die Antworten zu den Fragen in der Declaration im Zusammenhang zu würdigen sind, so muß doch der Umstand, daß die Frage 6 d kurzweg verneint und nur in der Antwort zu Frage 6 b: „an leichtem Husten im Frühjahr" noch so nebenbei Rheumatismus erwähnt wird, den Anschein erwecken, als ob man diese Krankheitserscheinung als unerheblich habe hinstellen wollen. Entscheidend ist, daß Knapp, als der untersuchende Arzt einen etwas verstärkten Herzschlag con-

statirt hatte, hat zugeben müssen, schon im 21. Altersjahr von einem Gelenkrheumatismus heimgesucht worden zu sein. Das langwierige Krankenlager im Basler Spital machte ihn mit den Symptomen jener Krankheit genügend bekannt und es ist kaum anzunehmen, daß er über die Bedeutung derselben für die Entschließung der Versicherungsanstalt nicht im Klaren gewesen sei. Ob übrigens Knapp, was wahrscheinlich ist, den Unterschied zwischen Rheumatismus und Gelenkrheumatismus genau gekannt habe oder nicht, ist gleichgültig, wesentlich ist nur das Verschweigen der Thatsache, daß jene im 21. Altersjahre überstandene Krankheit, welche ihm noch wohl in Erinnerung sein mußte, ihn kürzlich neuerdings befallen und sich, wie das Dr. Werner bezeugt, heftig und hartnäckig gezeigt habe. Das heutige Beweisanerbieten der Klägerin, daß ihr Ehemann dem Agenten Kästle erzählt, er habe den Rheumatismus derart gehabt, daß er die Finger nicht habe bewegen können, ist unerheblich der Thatsache gegenüber, daß er dies dem Arzte Dr. Auchlin gegenüber verschwiegen hat, und weil aus dieser Darstellung, gesetzt, sie wäre erfolgt, noch nicht hervorgeht, daß Kästle darauf gestützt mit Nothwendigkeit das Vorhandensein von Gelenkrheumatismus hätte annehmen müssen, sodaß immer noch das Verschweigen der dem Knapp bekannten Krankheit des Gelenkrheumatismus übrig bliebe. Uebrigens wäre es gewagt, auf das Einzelzeugniß dieses Kästle, dessen Unbefangenheit mindestens zu bezweifeln ist, abzustellen. Die Behauptung ferner, Kästle sei nicht dahin instruirt gewesen, daß zwischen Rheumatismus und Gelenkrheumatismus zu unterscheiden sei und daß daher die ungenaue Bezeichnung der Krankheit Knapps als Rheumatismus dem Agenten zur Last falle, ist widerlegt durch den Wortlaut der Frage 6 d, in welcher der Gelenkrheumatismus durch das Wort: „namentlich" hervorgehoben ist.

3. Die Klägerin hat heute im Weitern geltend gemacht, die Beklagte sei von den Krankheiten des zu Versichernden vollständig unterrichtet gewesen, was daraus hervorgehe, daß sie denselben nicht zur Normalprämie angenommen habe. Allein die Thatsache einer etwelchen Erhöhung des Prämiensatzes als richtig vorausgesetzt, läßt sich dieselbe schon in der Weise erklären, daß die Versicherungsanstalt davon ausgegangen ist: Wenn sich auch jener im ärztlichen Befund erwähnte Gelenkrheumatismus nicht wiederholt habe, so könne Knapp, welcher jene gefährliche Krankheit einmal durchgemacht habe, doch nicht mehr als vollkommen gesund betrachtet werden. Aus der Erhöhung der Prämie ohne Weiteres zu schließen, daß die Beklagte von dem Rückfall im Frühling 1885 Kenntniß gehabt habe, geht nicht an, zumal, wie oben gezeigt worden ist, hiefür sonst nichts vorliegt.

4. Auf die Beweisanerbieten der Klägerin, dahin gehend, es habe Agent Kästle von der Ablehnung eines Versicherungsantrages des Knapp vom Oktober 1884 Seitens der Lebensversicherungsgesellschaft „Phoenix" Kenntniß gehabt und dieß nur deßhalb nicht erwähnt, weil er gewußt, daß die Ablehnung nicht wegen des Gesundheitszustandes des Antragstellers erfolgt sei, ist nicht einzutreten. Zur Verwerfung des klägerischen Anspruches genügt der Nachweis, daß der Versicherte den Versicherer bei Eingehung des Vertrages in *einem* wesentlichen Punkte getäuscht hat. Uebrigens geht aus den vom Vertreter der Beklagten eingelegten Urkunden die Richtigkeit seiner Darstellung hervor und es findet sich darin für die Behauptung der Klägerin, daß die Zurückweisung des Antrages aus andern als aus dem Gesundheitszustand des Knapp hergeleiteten Gründen erfolgt sei, keinerlei Anhaltspunkte.

Schluss:

Die Appellation der Klägerin ist *unbegründet* und demnach die Klage abgewiesen.

Anmerkung der Redaktion. Wir hätten den der Beklagten obgelegenen Beweis für die Richtigkeit des dem Versicherungsantragsteller gemachten Vorwurfes der Täuschung auf Grundlage der vorliegenden Akten nicht als geführt betrachtet. Würdigt man die Antworten zu den Fragen in der Deklaration im Zusammenhang, was ja auch nach den Urtheilserwägungen das einzig richtige ist,

so ergibt sich, daß Knapp seine Krankheit vom Frühjahr 1885 nicht verschwiegen hat, denn diese Krankheit bestand in Rheumatismus und daß er daran gelitten hat, ist in der Deklaration nicht nur ein, sondern sogar zwei Mal gesagt. Das „Nein" bei Frage 6 d bezieht sich natürlich nur auf die andern neben dem Rheumatismus daselbst genannten Krankheiten, der letztere war vorher schon genannt und brauchte deßhalb hier nicht noch einmal erwähnt zu werden. Dagegen war die Auskunft, die Knapp über seine Krankheit gegeben, allerdings insofern eine unvollständige als er nicht gesagt zu haben scheint, daß der Rheumatismus, an welchem er gelitten, speziell Gelenkrheumatismus gewesen sei, allein daß dieser Unterlassung Dolus zu Grunde liege, dürfte doch nur dann angenommen werden, wenn feststehen würde, daß diese Bezeichnung dem Knapp geläufig gewesen sei und das ist nicht der Fall. Gewiss wußte er, daß der Rheumatismus, an dem er gelitten, ein intensiver, heftiger und hartnäckiger gewesen war und es wird ihm auch nicht unbekannt gewesen sein, daß ein derartiges Leiden für die Entschliessungen der Versicherungsgesellschaft von Bedeutung sein werde, allein, wenn er nicht wußte, daß ein Rheumatismus dieser Art überhaupt einen besondern Namen habe, speziell Gelenkrheumatismus genannt werde, so ist klar, daß die Nichtangabe dieser Bezeichnung keinerlei Beweis für eine absichtliche Täuschung bildet. Wenn darauf erwidert wird, der Wortlaut der Frage 6 d habe dem Antragsteller ja deutlich genug gezeigt, daß eine gewisse Art Rheumatismus Gelenkrheumatismus genannt werde und daß die Versicherungsgesellschaft das Hauptgewicht gerade darauf lege, zu wissen, ob diese Specilität des Rheumatismus vorgekommen sei, diese Erkenntniß aber müsse denselben nothwendig zu Betrachtungen darüber veranlaßt haben, ob der Rheumatismus, an dem er gelitten, nicht ein Gelenkrheumatismus gewesen sei und solche Betrachtungen haben ihn nur zur Bejahung der Frage führen können, so wird bei dieser ganzen Argumentation der wichtige Umstand außer Betracht gelassen, daß Knapp die Antworten in der Declaration nicht selbst geschrieben, also wohl auch die Fragen gar nicht gelesen und noch weniger studirt, sondern einfach auf das geantwortet hat, was er von dem die Declaration aufnehmenden Agenten gefragt worden ist und nicht vorliegt, daß der letztere ihm die Frage 6 d auch nur vorgelesen, geschweige denn erläutert habe. Diese Unteragenten sind bekanntlich sehr oft nichts weniger als vorsichtig und halten vielfach eine *genaue* Beantwortung der bezüglichen Fragen für überflüssig, falls sie nicht speziell gegentheilig instruirt und besonders auch mit der Bedeutung und Tragweite der einzelnen Ausdrücke bekannt gemacht worden sind und daß das letztere in concreto nicht geschehen, ist sogar speziell zum Beweise verstellt worden. Gegen die Annahme, daß Knapp den Rheumatismus, an dem er gelitten, geflissentlich als unbedeutend und unerheblich habe hinstellen und besonders dessen Charakter als Gelenkrheumatismus habe verheimlichen wollen, spricht gewiß auch der Umstand, daß er laut Antwort zu Frage 6 h eröffnete, er sei wegen des angegebenen Rheumatismus durch Dr. Werner ärztlich behandelt worden; diese Eröffnung stimmt nicht mit jener Tendenz, weil es bekannt ist, daß wegen gewöhnlichem Rheumatismus in der Regel Niemand zum Arzt geht und sich Knapp hätte sagen müssen, daß wenn er die ärztliche Behandlung zugebe, darin ein genügendes Moment für die Annahme erblickt werde, daß es sich nicht um einen gewöhnlichen, sondern um einen schweren Fall von Rheumatismus gehandelt habe. Wäre zudem noch bewiesen worden, wozu sich die Klägerin anheischig machte, daß Knapp dem Agenten die Krankheit beschrieben, ihm auseinandergesetzt hat, der Rheumatismus sei so stark aufgetreten, daß er die Finger nicht mehr habe bewegen können, so hätte doch wohl kaum mehr von einem Beweis für absichtliche Täuschung gesprochen werden können und zwar um so weniger, wenn der Hausarzt, wofür derselbe wiederum angerufen worden ist, bezeugt hätte, es habe Knapp nach seiner Ueberzeugung die Bezeichnung „Gelenkrheumatismus" nicht gekannt. Daß derselbe schon im 21. Altersjahr an dieser Krankheit gelitten, beweist doch sicherlich

nicht, daß ihm auch der Name bekannt gewesen sei und wenn man sagt, auch diese Krankheit sei anfänglich verschwiegen worden, so ist darauf aufmerksam zu machen, daß der Anstaltsarzt in seinem Berichte an die Gesellschaft selbst bezeugt, Knapp habe die Angabe derselben in der Declaration offenbar *ohne Absicht* vergessen und daß diese Annahme gewiß auch einleuchtend ist, wenn man in Betracht zieht, daß seither 25 Jahre verflossen waren. Daß die Krankheit vom Frühjahr 1885 dem Anstaltsarzte verheimlicht worden sei, scheint uns zur Stunde eine reine Vermuthung zu sein, denn gewiß beweist dieß sein Bericht nicht. Aus demselben geht freilich hervor, daß Knapp von dieser Krankheit nichts sagte, allein es ist nicht zu vergessen, daß er dieselbe ja in der Declaration angezeigt hatte und deßhalb deren Bekanntsein gewiß auch beim Anstaltsarzt voraussetzen durfte. Nur wenn dieser ihn besonders nach Krankheiten vom Frühjahr 1885 gefragt hätte, könnte man von einem Verschweigen reden, daß aber das geschehen sei, ergibt sich aus den Akten nicht und ist gewiß auch nicht selbstverständlich. Knapp kann die Frage nach der Ursache des etwas starken Herzschlages sehr wohl dahin ausgelegt haben, daß der Arzt die in der Declaration genannten, ihm bereits bekannten Krankheiten nicht für genügend erachte, um den starken Herzstoß zu erklären und deßhalb wissen wolle, ob nicht noch anderweitige Krankheiten vorgekommen seien, worauf er sich dann der Krankheit im 21. Altersjahr erinnert hat. Wenn diese Krankheit im ärztlichen Bericht Gelenkrheumatismus genannt ist, so beweist das selbstverständlich nicht, daß der Ausdruck von Knapp herrühre, denn dieser kann ja die Krankheit einfach beschrieben und der Arzt auf Grund der Beschreibung den medizinisch-technischen Namen hingesetzt haben und zwar ohne denselben auch nur zu nennen. Gewiß war die Beklagte nicht verpflichtet, beim Hausarzt des Antragstellers Erkundigungen einzuziehen, allein eine Nachläßigkeit war es dennoch, dieß zu unterlassen und darin sowohl als auch in dem weitern Umstand, daß eine ßere als die Normalprämie verrechnet wurde, hätte der Richter unseres Erachtens einen Grund mehr finden sollen, es mit dem Beweise der behaupteten Täuschung etwas streng zu nehmen. Was die Nachversicherung beim Phoenix betrifft, hätte der Beweis, daß die bezüglichen Unterhandlungen und deren Resultat dem Agenten der Beklagten bekannt gewesen seien, um so mehr abgenommen werden müssen, als schon die Prämienerhöhung darauf hindeutet, daß Beklagte die Verhältnisse gekannt habe. Sie konnte den Vertrag und zwar namentlich mit einer höhern Prämie gleichwohl abschliessen, weil ja der Anstaltsarzt des Phoenix im Oktober 1884 nur bezeugt hatte, daß die Organe Knapps in Folge Ueberarbeitung *momentan* nicht die nöthige Solidität haben.

Auszug

aus einem Urtheil

des Bezirksgerichtes Zürich

vom 2. Februar 1887

in Sachen *Brunner* ca. *Gaissert*.

Das Retentionsrecht des Vermiethers an der einem Dritten (d. h. *nicht* dem Miether) gehörenden, erst im Laufe der Miethzeit in die Miethräume eingebrachten Sache. Zeitpunkt der Entstehung, namentlich in Ansehung des Requisites des guten Glaubens auf Seite des Vermiethers. Die Unerheblichkeit erst nach der Begründung des Retentionsrechtes eingetretener mala fides für die Frage seiner Fortexistenz. Die Umwandlung des Retentionsrechtes in ein Pfandrecht als Folge der Benachrichtigung des Miethers im Sinne von Art. 228 des O.-R. mit der Wirkung, daß der der Detention entzogene Gegenstand mittelst der Pfandklage zurückverlangt werden kann. Detentionsentzug durch den dritten Eigenthümer und Voraussetzungen einer ihm gegenüber anzustellenden Pfandklage.

W. Amsler in Oberstraß ist Eigenthümer des Hauses zum „Neuhof" in Wipkingen,

die Verwaltung über dasselbe hat er indeß dem Kornhausverwalter Baumann in Wipkingen übertragen. Am 25. Dezember 1885 vermiethete dieser die Wirthschaftsräumlichkeiten des Hauses als Stellvertreter Amslers dem Bierbrauer Brunner in Nürensdorf und gleichen Tages schloß der letztere bezüglich der nämlichen Räumlichkeiten mit Frau Bürlimann geb. Jenny einen Aftermiethvertrag ab. Der jährliche Miethzins wurde zunächst auf 1400 Frkn. festgesetzt, dabei aber bemerkt: „Sollte nicht pünktlich gezinset werden, so treten 400 Fr. Erhöhung ein, sind also 1800 Fr. zu bezahlen.“ Die Zahlung sollte vierteljährlich stattfinden. Der § 7 des Miethvertrages bestimmt: „Der Antritt geschieht mit dem 31. Dezember 1885 und es endet die Miethe ohne Kündigung mit dem 31. Dezember 1886, sofern richtig gezinset wird, im andern Falle ist der Vermiether berechtigt, das Lokal zu schließen resp. andere Wirthsleute darin zu placiren.“

Am 20. Februar 1886 vermiethete der Klavierfabrikant Gaißert in Außersihl der Frau Bürlimann ein Piano, schwarz, Nr. 363, auf unbestimmte Zeit gegen Zusicherung eines monatlichen Miethzinses von 10 Frkn. und am gleichen Tage wurde das Piano nach Wipkingen in die von Brunner gemietheten Räumlichkeiten gebracht. Gaißert behauptet und es ist dieß nicht bestritten worden, daß er am nämlichen 20. Februar 1886 zwei seiner Arbeiter zu Amsler (dem Hauseigenthümer) und zu Baumann (dem Hausverwalter) geschickt habe, mit dem Auftrag, denselben von seinem Eigenthum am Klavier Kenntniß zu geben, daß aber beide Herren nicht anzutreffen gewesen seien. Am *26*. Februar schrieb er sodann an „Herrn Baumann, Verwalter in Wipkingen“ einen eingeschriebenen Brief folgenden Inhalts: „Zeige Ihnen hiemit an, daß ich das Piano, schwarz, Nro. 363 Herrn Bürlimann, Restaurateur in Wipkingen, über dessen Haus Sie die Verwaltung haben, nur miethweise überlassen habe und dasselbe mein Eigenthum ist.“

Die Frau Bürlimann zahlte weder den am 1. April noch den am 1. Juli 1886 fälligen Miethzins. Am 18. September 1886 wirkte Brunner beim Bezirksgerichtspräsidium Zürich für den ganzen Jahreszins bis 31. Dezember 1886 im Betrage von 1800 Fr. eine Retentionsbewilligung aus. Er wird darin ermächtigt, so viel Illaten zurückzubehalten, als zur Deckung seiner Forderung nöthig seien und ferner ist darin die Anweisung an das Gemeindammannamt Wipkingen enthalten, ein Verzeichniß der Retentionsobjekte aufzunehmen, der Mietherin davon Kenntniß zu geben und derselben die Wegnahme zu untersagen. Am 20. September nahm der Gemeindammann das Verzeichniß in Gegenwart der Eheleute Bürlimann auf und untersagte denselben die Wegnahme „der Pfänder“. Unter Nro. 20 ist aufgeführt: „Ein Klavier“, welches unbestrittenermaßen identisch ist mit dem von Gaißert der Frau Bürlimann vermietheten.

Auch der Miethzins für das Klavier wurde nicht regelmäßig bezahlt und es nahm deßhalb Gaißert dasselbe am 4. Oktober 1886 weg.

In der Folge ist Frau Bürlimann in Konkurs gerathen und es hat Brunner seine Miethzinsforderung von 1800 Fr. nebst Retentionsrecht angemeldet, als er dann aber vernahm, daß das Klavier fort sei, verlangte er von Gaißert Rückgabe desselben oder Ersatz seines Werthes und da dieser auf das Begehren nicht einging, so reichte er gegen denselben am 27. Dezember 1886 beim Bezirksgericht Zürich Weisung ein über die Streitfrage: „Ist der Beklagte (Gaißert) nicht verpflichtet, das Klavier wieder in den Neuhof-Wipkingen zurückzustellen oder dem Kläger (Brunner) dessen Werth mit 900 Fr. an seine Miethzinsforderung, mit welcher er im Konkurse zu Verlust kommt, zu vergüten.“ Zur Begründung der Klage wurde angeführt:

Bis im November 1886, d. h. bis zu dem Zeitpunkt, in welchem er das Fehlen des Klaviers in den Miethräumen constatirt habe, sei Kläger im Glauben gestanden, es gehöre dasselbe, wie alle andern von Frau Bürlimann eingebrachten Gegenstände dieser, denn bis dahin sei ihm von Niemandem, also auch vom Verwalter Baumann nicht mitgetheilt worden, daß der Beklagte Eigenthümer des Klaviers sei. Ueberdem sei die briefliche Mittheilung des Beklagten an Baumann vom 26. Februar 1886 verspätet gewesen, weil für die

Frage des guten Glaubens auf Seite des Vermiethers einzig der Zeitpunkt des Einbringens der Illaten maßgebend sei und dieser bezüglich des Klaviers auf den 20. Februar falle, es genüge also, daß Kläger an diesem Tage vom Eigenthum des Beklagten nichts gewußt habe; in Folge dessen sei das Retentionsrecht erworben worden und zwar für den ganzen während der Miethsdauer auflaufenden Miethzins, soweit sich derselbe jeweilen als solcher des verfallenen und laufenden Miethjahres darstelle. Durch Auswirkung der Retentionsbewilligung vom 18. September 1886 habe Kläger an sämmtlichen Illaten ein gesetzliches Pfandrecht erworben, also auch am Klavier und es stehe ihm deßhalb gegen den Beklagten, der sich eine widerrechtliche Aneignung des in Frage stehenden Pfandgegenstandes habe zu Schulden kommen lassen, die Pfandklage zu, von der sich dieser nur durch Zahlung des dem Pfandobjekt zukommenden Werthes befreien könne. Schon vor dem 4. Oktober habe Beklagter das Klavier wegnehmen wollen, von der Frau Bürlimann sei ihm aber gesagt worden, er dürfe das nicht thun, weil das Klavier retinirt sei, allein nun habe derselbe am 4. Oktober einfach zwei Arbeiter geschickt und das Klavier mit Gewalt wegnehmen lassen. Die Wegnahme sei also im bösen Glauben erfolgt.

Der Beklagte bestritt, daß Kläger jemals ein Retentionsrecht an dem Klavier erworben habe. Vor dem *26*. Februar 1886 sei demselben das Einbringen des Klaviers in die Miethräume überhaupt nicht bekannt gewesen und als er diese Thatsache erfahren habe, sei ihm zufolge des beklagtischen Briefes von jenem Tage an den Verwalter Baumann auch zugleich das Eigenthum des Beklagten am Klavier bekannt geworden, woraus folge, daß von gutgläubigem Besitz desselben nicht die Rede sein könne. Eventuell habe der gute Glaube wieder aufgehört und sei das Retentionsrecht dahingefallen, weil Kläger, nachdem er das Eigenthum des Beklagten am Klavier gekannt, die Mietherin gestützt darauf, daß sie mit der Zinszahlung in Verzug gerathen sei, sofort hätte ausweisen sollen, was ihm auf Grund des Miethvertrages möglich gewesen wäre. Das Klavier sei ganz freiwillig herausgegeben worden, von einem Retentionsrecht habe der Beklagte nichts gewußt und sei ihm keinerlei Mittheilung davon gemacht worden, weßhalb dasselbe, auch wenn es am 4. Oktober noch bestanden haben sollte, durch die gutgläublige Wegnahme des Klaviers untergegangen wäre.

Das Bezirksgericht wies die Klage ab und zwar

aus folgenden Gründen:

1. Die Parteien streiten sich über die Frage, ob der Kläger auf Grund seines Retentionsrechtes als Vermiether befugt sei, ein seiner Detention entzogenes Klavier, welches Eigenthum des Beklagten ist und vom 20. Februar bis 4. Oktober 1886 in den Miethräumen der nunmehr falliten Frau Bürlimann sich befunden hatte, wieder in seinen Besitz zu nehmen, eventuell den Werth dieses Klaviers vom Beklagten zu verlangen. Dabei ist aber schon das Retentionsrecht des Klägers an sich streitig und erst in zweiter Linie. d. h. für den Fall als angenommen würde, es habe ein Retentionsrecht des Klägers während der Dauer des Befindens des Klaviers in den Miethräumen bestanden, auch die weitere Frage nach den Folgen des durch den Beklagten dem Kläger gegenüber bewirkten Detentionsentzuges controvers.

2. Damit ein Retentionsrecht des Vermiethers an den Illaten seines Miethers, welche Eigenthum eines Dritten sind, entstehe, ist nach Art. 294 des O.-R. nothwendig: Körperliche Detention der betreffenden Sache Seitens des Vermiethers ,und guter Glaube des letztern. Das erstere Requisit, Detention der Sache ist erfüllt, sobald diese in die Miethräume gebracht ist. In concreto wurde das Klavier unbestrittenermaßen am 20. Februar 1886 in die Miethräume der Frau Bürlimann gebracht und von diesem Tage an war somit das Streitobject in der Verfügungsgewalt des Klägers kraft seines aus dem Miethverhältnisse abgeleiteten Retentionsrechtes; eigentlicher Besitz verbunden mit animus possidendi, ist nach der richtigen Auslegung von Art. 294 nicht nothwendig. (Vergleiche Sträuli, das Retentionsrecht nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht, § 7.) Das zweite Erforderniß: „Guter Glaube". wird vom Gesetze dahin näher umschrieben. daß der Vermiether vom Eigenthumsanspruche des Dritten keine Kenntniß gehabt habe oder gehabt haben müße. Nun steht fest, daß der Beklagte unterm 28. Februar 1886 dem Hausverwalter Baumann mittelst Chargebrief von seinem Eigenthumsrecht Kenntniß gab, in wie weit diese Kenntnißgabe auf den guten Glauben des Klägers von Einfluß war, ist zunächst zu untersuchen. Der Kläger hat

bestritten, daß ihm von dem Eigenthumsvorbehalte des Beklagten durch Baumann Mittheilung gemacht worden sei, dagegen nicht in Abrede stellen können, daß Baumann als sein Verwalter zur Empfangnahme des Briefes befugt gewesen sei, wenn daher die Mittheilung an den Kläger unterlassen wurde, so weist das auf ein Verschulden Baumanns oder auf eine Fahrläßigkeit des Klägers selbst hin, welche beide dem Beklagten, der seine Pflicht bona fide erfüllt, nicht zum Nachtheil gereichen können. Wenn somit die Anzeige des Eigenthums als in aller Form Rechtens zu Handen des Klägers erfolgt bezeichnet werden muß, frägt sich weiter, ob dieselbe *rechtzeitig* abgegeben worden sei und daher das Vorhandensein des (heutigen) guten Glaubens beim Kläger habe verhindern können. In dieser Richtung ist zu constatiren, daß laut Entscheidung des Kassationsgerichtes vom 22. November 1886 in Sachen Spörri ca. Schaub (abgedruckt in den Handelsrechtlichen Entscheidungen Bd. VI, Nro. 1, pag. 9 u. folgd. und in der Revue der Gerichtspraxis Bd. V, pag. 54 u. folg.) für einmal oberinstanzlich festgestellt ist, daß für das Vorhandensein des guten Glaubens im Sinne von Art. 294 des O.-R. maßgebend ist der Moment des Beginns der Miethe, beziehungsweise des Einbringens der Retentionsobjekte in die Miethräume und daß ein nachheriger Wegfall des guten Glaubens rechtlich ohne Bedeutung auf die Existenz des Retentionsrechtes ist. Daß diese Interpretation des Art. 294 materiell richtig ist, mag, abgesehen von den Ausführungen des Kassationsgerichtes, auch der Umstand darthun, daß sie mit der Auslegung, welche die östreichischen Gerichte dem entsprechenden Art. 1101 des östreichischen Civilgesetzbuches schon längst gegeben haben, durchaus übereinstimmt (vergleiche Geller, Oestreichische Justizgesetze ad § 1101 des Civilgesetzbuches Note 3). Nun ist der Moment des Einbringens des streitigen Klaviers in die Miethräume der 20. Februar 1886 und es wäre also zu sagen, es sei dieser Zeitpunkt für den guten Glauben des Klägers entscheidend. Indessen ist nicht zu übersehen, daß der Beklagte unbestrittenermaßen noch am nämlichen Tage den Versuch gemacht hat, sowohl dem Hausverwalter Baumann als dem Hauseigenthümer Amsler von seinem Eigenthumsrecht Kenntniß zu geben, denn wenn auch dieser Versuch an factischen Hindernissen gescheitert ist und der Beklagte bis zur schriftlichen Anzeige 8 Tage hat verstreichen lassen, so kann dieß zu seinen Ungunsten nicht in Betracht kommen, weil nichts dafür vorliegt, daß der Kläger in der Zwischenzeit vom Einbringen des Klaviers Kenntniß erhalten habe und so zum bonae fidei detentor geworden sei. Es ist nämlich gewiß nicht zu verkennen, daß zwischen dem Falle, wo die Retentionsobjekte beim Beginne der Miethzeit in die Miethräume gebracht werden und dem andern, wo erst nachträglich einzelne Gegenstände zu Illaten werden, ein Unterschied gemacht werden muß, im erstern Falle ist der Beginn des Retentionsrechtes ein unzweifelhaft sofortiger, im letztern kann das Einbringen und das Bewußtsein des Vermiethers als Detentor zeitlich auseinander liegen. Aber auch wenn man von dieser Unterscheidung absieht, bleibt als Thatsache bestehen, daß der Beklagte die sofortige Kenntnißgabe von seinem Eigenthum an den Kläger und damit die Versetzung desselben in mala fides gewollt hat und nur durch außer seiner Person, bei dem Verwalter des Klägers liegende Hemmnisse an der vollständigen Effectuirung seines Willens verhindert worden ist. Dieß genügt, um das Vorhandensein von bona fides auf Seite des Klägers von Anfang an und damit das Zustandekommen der Retentionsbefugniß auszuschließen, da aber ohne Retentionsbefugniß auch die Ausübung des Retentionsrechtes nicht gedenkbar, beziehungsweise nicht zuläßig ist, muß die Klage als unbegründet abgewiesen werden.

3. Bei der grundsätzlichen Wichtigkeit der vorliegenden Streitfrage scheint es indessen wohl am Platze, auch noch von dem Falle zu handeln, wo angenommen würde, es sei in Folge verspäteter Eigenthumsanzeige von Seite des Beklagten das vom Kläger angesprochene Retentionsrecht existent geworden. Dabei ist davon auszugehen, daß der Entstehung des klägerischen Retentionsrechtes keine Hindernisse aus dem Miethverhältnisse Brunner-Bürlimann entgegengehalten werden können; es hat sich nämlich der Beklagte darauf berufen wollen, daß der Kläger gegenüber der Frau Bürlimann unterlassen habe, gemäß seinem vertraglichen Rechte beim Nichteingang des Zinses das Miethlokal sofort zu schließen. Nun ist aber nicht einzusehen, inwiefern die Nichtgeltendmachung dieses klägerischen Rechtes, — um eine Pflicht handelt es sich nicht, — auf die Fortexistenz

des einmal erworbenen Retentionsrechtes von Einfluß hätte sein können. Sollte der Sinn der bezüglichen Einrede des Beklagten der sein, es sei das Retentionsrecht des Klägers deßhalb untergegangen, weil er nach Nichteingang der ersten Zinsrate und nach Kenntnißnahme des beklagtischen Eigenthumsvorbehaltes das Miethlokal nicht geschlossen habe, so ist in dieser Beziehung lediglich auf die schon erwähnte Entscheidung des Kassationsgerichtes in Sachen Spörri ca. Schaub zu verweisen. Dort wird deutlich erklärt, daß das einmal entstandene Retentionsrecht trotz mala fides *superveniens* des Vermiethers bis zum Ende des Miethvertrages fortdaure.

Weiter ist zu untersuchen, welche Befugnisse dem Kläger aus dem Retentionsrecht erwachsen sind. Zunächst unzweifelhaft das Recht, durch richterliche Verfügung aus der bloßen Detention ein gerichtliches Pfandrecht werden zu lassen.

Die neuere Theorie und die schweizerische Gerichtspraxis stimmen nämlich darin überein, daß aus der bloßen Retention durch Benachrichtigung des Schuldners von Seite des Gläubigers ein eigentliches Pfandrecht werden kann (siehe Sträuli a. a. O. Seite 128). Daraus folgt zweierlei, einmal, daß vor der Benachrichtigung des Schuldners ein Pfandrecht nicht existirt und sodann, daß dem Gläubiger nach Entstehung des Pfandrechtes auch alle zum Schutze desselben dienenden Rechtsmittel zustehen müssen. Vor der Auswirkung der gerichtlichen Retentionsbewilligung durch den Gläubiger beruht das Retentionsrecht wesentlich auf der factischen Detention, ist diese nicht mehr vorhanden, so hört dasselbe einfach auf und es gibt keinerlei Rechtsmittel, vermittelst welcher der verlorene Besitz wieder erlangt werden kann; im vorliegenden Falle kann also keine Rede davon sein, dem Kläger vor dem 18. September 1886 ein Recht auf Erhaltung des Retentionsbesitzes zuzugestehen; ein dingliches, klagbar zu schützendes Recht auf das Streitobjekt bestand vor der Retentionsbewilligung nicht, von einem obligatorischen Verhältniß zwischen den Litiganten ist natürlich keine Rede. Nach empfangener Retentionsbewilligung ist das Klavier des Beklagten von diesem aus den Miethräumen entfernt worden, auf Anerkennung seines Pfandrechtes, Herausgabe des Pfandgegenstandes, eventuell Entschädigung im Falle der Unmöglichkeit der Besitzesverschaffung hat daher der Kläger gegenüber dem Beklagten dann einen Anspruch, wenn die Vorenthaltung des Pfandgegenstandes *gegen* seinen Willen erfolgt ist, dieß kann nun aber in concreto nicht gesagt werden. Damit eine Sache *gegen* d. h. trotz des entgegenstehenden Willens des Pfandgläubigers dem Besitze des letztern entzogen oder vorenthalten werden kann, ist nothwendig, daß der Entzieher von dem Bestande des Pfandrechtes Kenntniß gehabt habe. Ist dem Entzieher nur sein Eigenthumsrecht und kein dieses beschränkendes Pfandrecht eines Dritten bekannt, so kann er unmöglich dem Willen dieses Dritten entgegenhandeln, eine gegentheilige Auffaßung wäre auch offenbar unbillig, indem nicht einzusehen ist, weßhalb der dritte Eigenthümer einer retinirten Sache schlechter als der Miethzinsschuldner gestellt sein soll. Dem Schuldner muß, bevor auf seine Illaten als Pfänder gegriffen werden kann, von der Retention Kenntniß gegeben worden sein, der dritte Eigenthümer soll eine solche Anzeige nicht erhalten müssen und gleichwohl, trotzdem er bona fide handelt, dennoch belangt werden können? Soweit hat offenbar das Gesetz nicht gehen wollen; es wird zu sagen sein, daß nur gegenüber einem solchen Eigenthümer, der mala fide mit Retention belastete Gegenstände aus dem Gewahrsam eines Vermiethers wegbringt, die Pfandklage statthaft ist. Einen Beweis dafür, daß der Beklagte, als er am 4. Oktober 1886 das Klavier bei Frau Bürlimann wegnahm, von dem Bestehen des Retentionsrechtes etwas wußte, hat der Kläger nicht anerboten. Zwar wurde etwas davon gesagt, daß die Frau Bürlimann den Beklagten über das Vorhandensein der Retention unterrichtet habe, allein als Zeugin wurde dieselbe nicht angerufen und wenn sich übrigens der Kläger auch auf ihr Zeugniß berufen hätte, so könnte bei dem unmittelbaren Interesse der Zeugin am Ausgange dieses Prozesses (besonders mit Rücksicht auf eine allfällig gegen dieselbe anzuhebende Strafuntersuchung) doch überall nicht auf dasselbe abgestellt werden. Es ist daher anzunehmen, es habe der Beklagte in der That bona fide gehandelt, was nach dem Ausgeführten wiederum zur Verwerfung der Klage führt.

Anmerkung der Redaktion. Der Kläger hatte gegen dieses Urtheil die Appellation erklärt, dieselbe aber wieder zurückgezogen

und es ist deßhalb die Appellationskammer nicht in die Lage gekommen, ihre Ansicht über die gewiß ziemlich interessanten Fragen, welche dieser Fall geboten hat, auszusprechen.

Wir persönlich sind mit den bezirksgerichtlichen Erwägungen nicht durchweg einverstanden und möchten uns daher einige Gegenbemerkungen erlauben.

Zunächst will uns scheinen, es könne doch im Ernste kein Zweifel darüber bestehen, daß Brunner wirklich ein Retentionsrecht an dem betreffenden Klavier erworben habe und zwar ist dieser Erwerb mit dem Momente des Einbringens in die Miethräume (20. Februar 1886) eingetreten, weil absolut nichts dafür vorliegt, daß der Vermiether in jenem Momente wußte oder hat wissen müssen, daß das Klavier einem Dritten gehöre und sobald das zugegeben werden muß, eben im genannten Zeitpunkt die beiden für den Erwerb des Retentionsrechtes erforderlichen Requisite gegeben waren. Es ist gewiß zu weit gegangen, wenn man sagt, die bloßen Bemühungen des Beklagten, den Kläger rechtzeitig, d. h. vor dem Einbringen des Klaviers von seinem Eigenthum in Kenntniß zu setzen, haben genügt, um das Vorhandensein des guten Glaubens auf Seite des letztern auszuschließen und zwar auch dann, wenn man finden sollte, die Erfolglosigkeit dieser Bemühungen sei in einem in der Person des Klägers bezw. seines Verwalters liegenden Hemmniß, nämlich in seiner Abwesenheit von Hause am 20. Febr. 1886 zu suchen. Dieser Umstand wäre nur allenfalls insofern von Bedeutung als man sagen könnte, es liege darin ein schuldhaftes Moment, welches zu vermeiden der Kläger verpflichtet gewesen wäre und bei dessen Vermeidung er eben vom Eigenthum des Beklagten Kenntniß erhalten hätte, allein von allem dem ist ja natürlich keine Rede. Völlig gleichgültig ist unseres Erachtens ferner, ob Brunner vor dem 28. Februar, dem Zeitpunkt, in welchem sein Stellvertreter die Eigenthumsanzeige vom 26. gl. Mts. erhielt, von dem Einbringen des Klaviers überhaupt etwas gewußt hat oder nicht. Auch wenn er keine Kenntniß davon hatte, ist das Retentionsrecht nichtsdestoweniger im Momente des Einbringens des Klaviers entstanden, weil eben der Rechtserwerb schlechthin an dieses Einbringen und nur an dieses geknüpft ist, dagegen überall keine eigentliche Besitzesergreifung mit animus possidendi verlangt wird, wie ja auch das Bezirksgericht ausdrücklich anerkennt. Wollte aber gesagt werden, daß so lange der Vermiether das Einbringen eines Gegenstandes nicht kenne, er auch keine Ansicht darüber haben könne, ob derselbe dem Miether oder einem Dritten gehöre und so lange dieser Zustand daure, weder von bösem noch gutem Glauben gesprochen werden könne, woraus folge, daß in allen denjenigen Fällen, in welchen der Vermieter das Einbringen eines Gegenstandes erst nachträglich erfahre, für den Erwerb des Rechts nicht entscheidend sei, ob derselbe das fremde Eigenthum beim Einbringen kannte oder habe kennen müssen, sondern ob dieß im Zeitpunkte der Fall gewesen sei, mit welchem er das Einbringen überhaupt erfahren habe, so ist dem entgegenzuhalten, daß eben das Gesetz für den Erwerb des Retentionsrechtes des Vermiethers an einer fremden Sache nicht einen Glauben überhaupt, (was ja wieder zunächst das Wissen vom Einbringen zur Voraussetzung und Bedingung machen würde) sondern, was etwas ganz Anderes ist, nur verlangt, daß der Vermiether beim Einbringen das fremde Eigenthum nicht kenne oder habe kennen müssen und daß diese Voraussetzung auch in allen den Fällen vorliegt, in denen der Vermieter das Einbringen des fraglichen Gegenstandes überhaupt erst später erfährt.

Nicht so ganz selbstverständlich dürfte ferner die Ansicht sein, daß die Auswirkung einer sogenannten Retentionsbewilligung der Benachrichtigung im Sinne von Art. 228 des O.-R. gleichkomme. Nimmt man aber das an, und legt der Benachrichtigung, wie das von Seite des Bezirksgerichtes geschieht, die Wirkung der Umwandlung des einfachen Retentionsrechts in ein gesetzliches Pfandrecht mit Pfandklage bei, so hätte diese letztere unseres Erachtens dem Kläger auch zugestanden werden sollen, denn daß das Pfandrecht untergehe, sobald der Eigenthümer die Sache in gutem Glauben zurückgenommen habe, kann doch wohl kaum im Ernste behauptet werden. Wir verstehen die diesbezüglichen Ausführungen des Bezirksgerichtes in der That nicht recht. War Gaißert in gutem Glauben, so wollte er allerdings den Pfandbesitz des Brunner nicht stören, allein trotz alledem hat er ihn eben doch gestört und das ist gewiß die Hauptsache und genügt vollständig zur Begründung der Pfandklage. Ist zum Erwerb des Retentions- und nachherigen Pfandrechtes an einer fremden

Sache *nicht* erforderlich, daß der fremde Eigenthümer die Vorgänge kenne, welche diesen Erwerb zur Folge haben, so kann man auch nicht sagen, daß das Recht untergehe, wenn derselbe die Sache in gutem Glauben wieder an sich zieht. Wie das Retentionsrecht mit dem Einbringen der Gegenstände in die Miethräume, falls der Vermiether in diesem Moment das fremde Eigenthum nicht gekannt oder nach den Umständen kennen mußte, auch dann erworben wird, wenn der Eigenthümer von allem nichts weiß, so verwandelt sich gewiß auch dieser reine Retentionsanspruch durch die bloße Benachrichtigung des Miethers im Sinne des Art. 228 des O.-R. in ein Pfandrecht um, obwohl der Eigenthümer von diesem Vorgang keine Ahnung hat, und muß das anerkannt werden, so sind dann auch die Consequenzen daraus zu ziehen.

Wir haben bis dahin vorausgesetzt, daß die Theorie der Umwandlung der einfachen Retentionsbefugniß durch Benachrichtigung im Sinne des Art. 228 des O.-R. in ein vollkommenes Pfandrecht richtig sei, indeß möchten wir das unserseits noch nicht anerkannt haben. Das Bezirksgericht hat es unterlassen, den Satz, daß die *schweizerische* Gerichtspraxis diesen Standpunkt anerkannt habe, zu belegen und ohne Citate sind wir nicht in der Lage, denselben auf seine Richtigkeit zu prüfen. Wir citiren hier nur das Urtheil der Appellationskammer in Sachen Walder ca. Hofmann vom 17 November 1883 (Handelsrechtliche Entscheidungen Bd. II Seite 385 u. folgd.) Dort wird ausgeführt, daß die Verkaufsbefugniß mit dem Retentionsrechte selbst entstehe und nicht erst mit der Benachrichtigung, daß letztere nicht die Bedeutung eines rechtsbegründeten Aktes habe, sondern blosse Ordnungsvorschrift sei, deren Beobachtung der Realisirung der Verkaufsbefugniss verangehen müsse. Jenes Urtheil geht davon aus, dass das Retentionsrecht des schweizerischen Obligationenrechts mit Rücksicht auf die ihm von Anfang an innewohnende Verkaufsbefugniss ein *eigenthümliches* gesetzliches Pfandrecht ohne Besitzesschutz und Pfandklage sei. Damit scheint uns nicht absolut ausgeschlossen, dass das zum *vollkommenen* Pfandrecht werden kann, allein es wird sich fragen, ob das nicht erst dann der Fall sei, wenn die Verkaufsbefugniss ins Stadium der Realisirung getreten und der Retentionsberechtigte auch wirklich den Besitz am Retentionsobjekt erlangt hat, was beim Vermiether erst dann der Fall ist, wenn er die Illaten in seine direkte Verfügungsgewalt gebracht hat. Das vollkommene Pfandrecht wäre eben dann ein Faustpfandrecht.

Ungefähr zwei Jahre nach Erlass jenes Urtheils ist dann allerdings die Schrift des Herrn Dr. Sträuli erschienen, in welcher die Theorie der Umwandlung des Retentionsrechtes in ein vollkommenes Pfandrecht durch Ausübung des Benachrichtigungsrechtes ganz allgemein aufgestellt und gewiss auch sehr geschickt vertheidigt wird, allein schon Prof. Speiser in Basel bemerkt in seiner Besprechung dieser Abhandlung, dass die Benachrichtigung im Sinne des Art. 228 doch wohl nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift haben könne und die Frage, von welchem Momente an der Retentionsgläubiger Besitzesschutz habe und wie weit seine Rechte von denen des Pfandgläubigers abweichen, für jeden Contrakt, der zur Retention Anlass geben könne, besonders untersucht werden müsse (siehe Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge Bd. 5 p. 183 und 184). Gerade diese Ansicht dürfte die Berechtigung der Frage unterstützen, ob nicht speciell der Vermieter erst dann auf Besitzesschutz Anspruch habe, wenn er die direkte Verfügungsgewalt über die Retentionsobjekte erlangt hat. Wir wollen heute keine bestimmte Position zu dieser Frage einnehmen, denn der Zweck unserer Bemerkungen war nur der einer Andeutung dahin gehend, dass die Annahme, es erwerbe der Vermiether durch die blosse Benachrichtigung im Sinne des Art. 228 unbedingt und in allen Fällen Anspruch auf Besitzesschutz, zur Zeit weder in der Theorie noch Praxis so absolut feststehen dürfte, wie das vom Bezirksgericht angenommen wurde.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Mai 1887. VI. Band. № 8.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

INHALT:

Competenz-Entscheid
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 1. April 1887
in Sachen
des *Karl Furrer-Bachmann* in Enge, Klägers
gegen
Heinrich Appenzeller-Moser in St. Gallen, Beklagten,
betr. Forderung aus Gesellschaft.

Thatsächliches:

A. Die Parteien gingen am 12. Juni 1882 behufs gemeinsamer Betreibung eines Papier- und Cartongeschäftes en gros unter der Firma Appenzeller & Cie. eine Kollectivgesellschaft ein mit Hauptniederlassung in Zürich und Zweigniederlassung in St. Gallen. Am 1. Juli 1883 wurde die Fortsetzung der Gesellschaft auf einer andern vertraglichen Grundlage vereinbart und dabei gleichzeitig der neue Firmaname: „Appenzeller und Furrer" angenommen. Diese Aenderung ist im Handelsregister der Hauptniederlassung (Zürich) unterm 16. Juli 1883 und in demjenigen der Zweigniederlassung (St. Gallen) unterm 27. Juli 1883 eingetragen.

B. Mit Vertrag vom 26. März 1886 vereinbarten die Litiganten die Auflösung der Gesellschaft „Appenzeller & Furrer" auf den 1. Oktober gleichen Jahres und bestimmten hinsichtlich der Liquidation, daß Appenzeller das ganze Geschäft der Societät mit dem genannten Auflösungstermin in Activen und Passiven übernehme, das aus dieser Geschäftsübernahme für Furrer resultirende Guthaben auf Grund der Bücher und einzelner, gleichzeitig vertraglich normirter Abrechnungsgrundsätze auf den nämlichen Termin festgestellt und sofort nach dieser Feststellung bis auf den Restbetrag von 20,000 Fr. bezahlt werden soll. Bezüglich der Zahlung und Verzinsung dieser Restsumme wurden im Weitern spezielle Bestimmungen aufgestellt, deren Inhalt indeß hier von keiner Bedeutung ist. Am 1. Oktober 1886 erliessen die Parteien ein Circular, in welchem zunächst die Gesellschaftsauflösung constatirt und sodann angezeigt wird, daß Appenzeller-Moser das ganze Geschäft in Activen und Passiven übernommen habe und solches von nun an bloß noch in St. Gallen, Vadianstraße 3, („unter Aufhebung des Zürcher Geschäftes") unter der neuen Firma „Appenzeller-Moser" auf alleinige Rechnung weiterführen werde. In einem anschließenden Circular bestätigt

Appenzeller-Moser diese Mittheilungen und bittet, das der frühern Firma geschenkte Zutrauen nunmehr auf ihn übertragen zu wollen. Am 5. Oktober 1886 wurde die Auflösung der Firma Appenzeller & Furrer mit der Bemerkung ins zürcherische Handelsregister eingetragen, daß das Geschäft durch Heinrich Appenzeller-Moser in St. Gallen, welcher die Activen und Passiven der erloschenen Firma übernehme, *dortselbst* fortgeführt werde und unterm 15. Oktober 1886 wurde die Auflösung der alten und die Gründung der neuen Firma mit Domicil, Vadianstraße 3, St. Gallen im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen.

In der Folge scheint Appenzeller-Moser seinen Entschluß, das Zürchergeschäft aufzugeben, geändert zu haben, denn am 1. Januar 1887 erließ er von St. Gallen aus ein Circular des Inhalts, daß er, dem Wunsche der Mehrzahl seiner Kunden entsprechend, das bis anhin von der Firma Appenzeller & Furrer geführte und von ihm laut Circular vom 1. Oktober 1886 allein übernommene Papiergeschäft en gros et migros mit Bureau und Magazinen an der Augustinergasse Nro. 50, Zürich, mit heutigem Tage wieder eröffnet habe. Dieses Circular ist auch im Zürcher Tagblatt als „Anzeige und Empfehlung" erschienen und am 24. Februar 1887 hat Appenzeller daselbst seine Waaren angepriesen; dagegen fand bezüglich dieser neuen Geschäftseröffnung bis zur Einleitung des gegenwärtigen Prozesses eine Eintragung in das zürcherische Handelsregister nicht statt.

C. Der ausgetretene Gesellschafter Furrer erstellte gemäß dem Auflösungsvertrage vom 26. März 1886 auf Ende September gl. Js. eine Gesellschaftsrechnung, welche ein Guthaben zu seinen Gunsten im Betrage von 44,361 Fr. 70 Cts. ergab. Daran bezahlte Appenzeller-Moser am 28. September, 1. und 5. Oktober 1886 24,361 Fr. 70 und stellte, wiederum gemäß Inhalt des Auflösungsvertrages, für den Rest von 20,000 Frkn. ein Obligo aus, in welchem jedoch die Schuldpflicht nur mit dem Vorbehalt des Richtigbefindens der Abrechnung anerkannt wird.

D. Mittelst Weisung des Friedensrichteramtes Zürich vom 7. Februar 1887 und Klageschrift vom 28. gl. M., hierorts eingegangen den 2. März, reichte nun Furrer-Bachmann gegen Appenzeller-Moser beim Handelsgericht Klage ein über die Streitfrage, ob der letztere nicht verpflichtet sei, ihm außer den bereits schuldigen 20,000 Frkn. noch weitere 5792 Fr. 62 Rp. mit Zins à 5 % seit dem 1. Oktober 1886 zu bezahlen und stützte diesen Anspruch in der Hauptsache auf folgende Ausführungen:

1. Der Bücher- und Rechnungsabschluß per Ende September 1886, welcher das genannte, bis auf 20,000 Fr. getilgte Guthaben von 44,361 Fr. 70 zu seinen Gunsten ergeben habe, sei kein definitiver, sondern nur ein provisorischer gewesen, denn beide Theile haben sich nähere Prüfung und Reclamationen vorbehalten und deßhalb könne er auch noch Nachforderungen stellen, falls bewiesen werde, daß gewisse Posten bei jener Abrechnung irrthümlicher Weise oder in Folge eines schuldhaften Benehmens des Beklagten zu seinem, des Klägers Nachtheil nicht berücksichtigt worden seien.

2. Das letztere sei nun der Fall. Zunächst habe sich ergeben, daß der Beklagte als Leiter des Filialgeschäftes in St. Gallen vom 23. Februar 1884 bis 3. September 1885 von einem J. Harder in Degenau Papier gekauft und demselben dagegen Papierabfälle verkauft, diesen ganzen Verkehr aber statt in den Büchern der Gesellschaft in einem Privatcontocorrentbüchlein notirt und dann zwar wohl die Papierfacturen Harders aus der Gesellschaftskasse berichtigt und im Gesellschaftskassabuch belastet, die eigenen Facturen für dem Harder gelieferte Papierabfälle aber, beziehungsweise die daran eingegangenen Zahlungen, nicht in die Gesellschaftskasse gelegt und demgemäß auch im Cassabuch der Firma nicht gutgeschrieben habe. Diese der Gesellschaft nicht gutgeschriebenen Zahlungen Harders machen einen Gesammtbetrag von 7542 Fr. 25 aus und sei der Beklagte verpflichtet, ihm die Hälfte davon mit 3771 Fr. 12 Rp. zu vergüten. Ferner habe eine Prüfung der Bilanz per 30. September 1886 ergeben, daß die Gesellschaft mit 14 Ausgabeposten im Gesammtbetrag von 4043 Fr. belastet worden sei, welche der Kläger von jeher bestritten habe und auch heute be-

streiten müsse. Der Beklagte sei daher gehalten, ihm auch die Hälfte dieser Post mit 2021 Fr. 50 zu bezahlen, was mit der schon genannten Post die eingeklagte Summe von 5792 Fr. 62 ausmache.

E. Der Beklagte hat die Zuständigkeit des Handelsgerichtes zur Behandlung und Entscheidung der aufgeworfenen Streitfrage schon gegenüber dem Friedensrichteramt bestritten und es sucht deßhalb der klägerische Vertreter diese Bestreitung in der Klageschrift zu widerlegen und die Begründetheit der handelsgerichtlichen Competenz nachzuweisen. Dabei stützt er sich auf folgende Gesichtspunkte:

1. Der Beklagte betreibe sein Geschäft nicht nur in St. Gallen, sondern auch in Zürich, habe also zwei Wohnsitze und könne somit gemäß § 210 Zif. 6 des Rechtspflegegesetzes nach Wahl des Klägers an jedem derselben belangt werden.

2. Eventuell habe derselbe bezüglich aller Streitigkeiten mit dem Kläger aus dem bestandenen Gesellschaftsverhältniß in Zürich Domicil genommen, was sich aus Art. 8 des Gesellschaftsvertrages vom 1. Juli 1883 ergebe, woselbst bestimmt ist: „Allfällig entstehende Streitigkeiten zwischen den Contrahenten müssen vor das Forum des Zürcher Handelsgerichtes gebracht werden und wäre in einem solchen Falle sofortige Liquidation des Geschäftes unter den Bedingungen des § 6 anzuordnen.“

3. Angenommen, daß sich der Beklagte überhaupt vor den zürcherischen Gerichten belangen lassen müsse, könne auch nicht zweifelhaft sein, daß speziell das Handelsgericht zuständig sei, denn entweder nehme man an, die Eintragung ins Handelsregister St. Gallens, als demjenigen der Hauptniederlassung des Beklagten, sei eine im Sinne der §§ 95 und 96 des Rechtspflegegesetzes genügende oder dann müsse man die allerdings thatsächlich nicht erfolgte Eintragung im Handelsregister der Zweigniederlassung (Zürich) deßwegen als erfolgt fingiren, weil der Beklagte nach Art. 865 des Schw. O.-R. verpflichtet gewesen wäre, dieselbe zu veranlassen und nun die Nichtbeachtung dieser Verpflichtung nicht zur Folge haben könne, daß derselbe anders behandelt werde als ein Eintragungspflichtiger, der jener Vorschrift nachgekommen sei. Sollte aber schließlich die handelsgerichtliche Competenz trotz all dem Gesagten nicht aus den §§ 95 und 96 des Rechtspflegegesetzes abgeleitet werden können, so müsse dieselbe Angesichts des bereits citirten § 8 des Gesellschaftsvertrages doch auf Grund des § 102 des Rechtspflegegesetzes als begründet angesehen werden.

F. Für den Beklagten, welchem aufgegeben worden ist, die gestellte Incompetenzeinrede näher zu begründen, antwortet Fürsprech Suter in St. Gallen mit Eingabe vom 12. März folgendermaßen:

1. Der § 210 Zif. 6 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes spreche von mehreren „Wohnsitzen“ einer Person, der Beklagte habe aber nur einen solchen und zwar in St. Gallen, dagegen sei richtig, daß derselbe seit dem 1. Januar 1887 in Zürich noch ein Geschäftsdomicil habe, an diesem aber könne er gemäß Zif. 5 des nämlichen § 210 nur für Ansprüche belangt werden, welche mit dem Betriebe des hiesigen Filialgeschäftes zusammenhängen, und um solche handle es sich in concreto anerkanntermaßen nicht.

2. Durch den § 8 des Gesellschaftsvertrages haben die Litiganten nicht den zürcherischen Gerichtsstand als solchen, sondern *nur das Handelsgericht und zwar als Schiedsgericht* gewählt und folglich könne nur in Frage kommen, ob die Competenz des letztern auf Grund des § 102 des Rechtspflegegesetzes begründet sei. Zunächst werde nun aber bestritten, daß das Handelsgericht selbst darüber entscheiden dürfe, denn die Frage, ob ein Schiedsgericht zuständig sei oder nicht, könne nicht von diesem selbst, sondern nur vom ordentlichen Richter des Beklagten entschieden werden. Eventuell müsse gesagt werden, daß der vertragliche Gerichtsstand deßwegen nicht angerufen werden könne, weil der bezügliche Vertrag längst dahingefallen, auf 1./5. Oktober 1886 in allen seinen Wirkungen erschöpft gewesen sei, und der § 8 desselben nur *unter seiner Herrschaft,* zwischen den Associé *als solchen*, ausbrechende Streitigkeiten vor das Handelsgericht als Schiedsgericht habe verweisen

wollen, währenddem es sich in concreto um erst nach erfolgter Gesellschaftsauflösung, ja sogar um erst nach stattgefundener Abrechnung und Begleichung der Abrechnungssumme eingetretene Differenzen handle. Daß der Kläger dieselben aus der Zeit vor dem 1. Oktober 1886 herzuleiten suche, ändere an dem Gesagten nichts, weil es für den Gerichtsstand nicht darauf ankomme, in welche Zeit die Klagethatsachen verlegt werden wollen, sondern zu welcher Zeit die Klage angestellt werde.

Entscheidungsgründe:

1. Der Beklagte bestreitet die *sachliche* Competenz des Handelsgerichtes nicht, wohl aber die *örtliche*, es ist indessen die Frage der Zuständigkeit gleichwohl in beiden Richtungen zu untersuchen, weil das Gericht von Amtswegen dazu verpflichtet ist.

2. Was nun zunächst die örtliche Zuständigkeit betrifft, so kann dem Kläger nicht zugestimmt werden, wenn er dieselbe aus dem § 210 Zif. 6 des Rechtspflegegesetzes ableiten will, denn wenn hier von mehreren „Wohnsitzen" eines Beklagten gesprochen wird, so ist darunter nur das allgemeine bürgerliche Domicil, nicht aber ein Geschäftsdomicil desselben verstanden, daß aber Appenzeller-Moser nur in St. Gallen wohnt und folglich sein allgemeines bürgerliches Domicil auch nur dort hat, ist unbestritten. Der Umstand, daß derselbe in Zürich ein Handelsgeschäft betreibt, kann nur Veranlaßung zur Aufwerfung der Frage geben, ob nicht von Rechtswegen angenommen werden müsse, daß er hierorts *bezüglich dieses Geschäftes* Specialdomicil genommen habe, und darauf muß gemäß der Zif. 5 des citirten § 210 des Rechtspflegegesetzes allerdings eine bejahende Antwort gegeben werden, allein auch daraus läßt sich die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes bezüglich der vorliegenden Klage deßwegen nicht herleiten, weil diese mit dem hierorts vom Beklagten betriebenen Geschäfte in keinerlei Zusammenhang steht, das Bestehen eines solchen Zusammenhanges aber die Voraussetzung für die Belangung des Beklagten an seinem hiesigen Geschäftsdomicil als Specialdomicil bildet.

3. Anders verhält sich nun aber die Sache mit dem zweiten vom Kläger eingenommenen Standpunkt, der dahin geht, daß mit Bezug auf Streitigkeiten der hier in Frage kommenden Art eine vertragliche Domicilerwählung des Beklagten vorliege. Es muß anerkannt werden, daß der § 8 des Societätsvertrages vom 1. Juli 1883 bezüglich gewisser Streitigkeiten zwischen den Litiganten in der That eine Domicilerwählung statuirt und nicht, wie der Vertreter des Beklagten andeutet, den Charakter eines Schiedsvertrages hat. Die vertragliche Verweisung gewisser Streitigkeiten an ein außerstaatliches Gericht enthält die Erklärung, daß die Contrahenten hinsichtlich der betreffenden Streitigkeiten am Sitze dieses Gerichtes und bei demselben Domicil nehmen. Zum Begriffe der Domicilerwählung ist nicht erforderlich, daß man sich nur überhaupt und allgemein dem zuständigen Richter eines andern als des Wohnsitzortes unterwerfe, sondern es ist dieselbe gewiß auch dann vorhanden, wenn sich die Unterwerfung auf ein bestimmtes Gericht beschränkt und zwar namentlich, wenn diese Beschränkung, wie hier, ihren Grund nur darin hat, daß das betreffende Gericht ein Fach- speziell Handelsgericht ist und die fraglichen Streitigkeiten ebenfalls als Handelsstreitigkeiten taxirt worden sind. Die vertragliche Bestellung eines Schiedsgerichtes ist durchaus verschieden von diesem Falle, denn während hier durch den Vertrag einfach eine Domicilerwählung, sei es allgemein und überhaupt, sei es speziell nur bei dem für gewisse Prozesse zuständigen fremden Richter statuirt wird, wird durch den Schiedsvertrag ein *Privat*gericht für die Entscheidung eines oder einer Reihe mehr oder weniger begrenzter Streitpunkte bestellt. Der Unterschied sollte einleuchtend sein. Der Beklagte bestreitet nun aber, daß die vom Kläger der hierseitigen Entscheidung unterbreiteten Differenzen solche im Sinne des § 8 des Societätsvertrages vom 1. Juli 1883 seien und weil er im Fernern geltend macht, daß nur der Richter seines Wohnortes darüber zu urtheilen befugt sei, so muß zunächst dieser Punkt erörtert werden, die Entscheidung aber ist im Sinne der Anerkennung hierseitiger

Competenz zur Beurtheilung der Frage abzugeben. Allerdings handelt es sich dabei um die Geltendmachung des persönlichen Anspruches, daß der Beklagte vor dießseitigem Gericht ins Recht antworte, allein das Handelsgericht hat sich bereits in einem andern Falle (Lloyd ca. Actionäre, abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. III pag. 361 u. folgd.) dahin ausgesprochen, daß, soweit ein persönlicher Anspruch die Voraussetzung für die Competenz eines Gerichtes bilde, über dessen Begründetheit nur der für die Competenzfrage zuständige Richter und nicht der Wohnsitzrichter des Beklagten zu entscheiden habe und daran ist auch heute noch festzuhalten. Der dieser Auffaßung unterliegende Rechtsgrund ist der, daß der Titel, aus welchem die Gerichtspflichtigkeit einer Person abgeleitet wird, um gültig zu sein, jedenfalls immer von demjenigen Prozeßrecht anerkannt sein muß, welches für den in Sachen angerufenen Richter maßgebend ist, darüber aber, ob diese Anerkennung im einzelnen Falle bestehe oder nicht, naturgemäß nur der letztere zu entscheiden befugt sein könne und durchaus nicht censirt wäre, den von einem andern Gerichte darüber erlassenen Entscheid als für sich verbindlich anzuerkennen, weßhalb dem letztern nur die Thatfrage zu entscheiden übrig bliebe, ob zwischen den Litiganten eine Willenseinigung dahin gehend zu Stande gekommen sei, daß sich der Beklagte bezüglich der streitigen Differenzen dem hiesigen Gerichte unterwerfen müsse, über eine bloße Thatfrage aber ein richterlicher Entscheid gar nicht angerufen werden könne. Dem gegenüber können die vom beklagtischen Vertreter zur Begründung der gegentheiligen Auffaßung angerufenen bundesgerichtlichen Entscheidungen deßwegen nicht in Betracht kommen, weil sie sich alle auf den, — wie bereits ausgeführt, — hier nicht vorliegenden Fall der vertraglichen Constituirung eines Schiedsgerichtes als Privatgericht beziehen und dem letztern das Recht zur Entscheidung von Anständen über die Gültigkeit oder Ungültigkeit oder über die Auslegung von Schiedsverträgen nur deßwegen absprechen, weil dasselbe seine richterlichen Befugnisse bloß aus diesem Vertrage ableiten kann und solcher dem gewählten Gericht die Entscheidung über derartige Anstände gewöhnlich nicht zuweist, dieser Grund aber hier, wo es sich um die Prorogation eines staatlichen Gerichtes handelt, nicht zutrifft. Dieses leitet seine richterlichen Befugnisse aus der Gerichtsorganisation und Prozeßgesetzgebung des Staates ab, dem es angehört. Dieß ist auch der Fall, soweit dasselbe als forum prorogatum in Frage kommt, denn auch hier liegt der *Rechts*titel für seine Jurisdictionsfähigkeit nicht sowohl in der vertraglichen Unterwerfung der Parteien als in der gesetzlichen Anerkennung dieses Grundes als Gerichtsstandsgrund und diese Anerkennung erfolgt nur im Sinne der Prozeßgesetzgebung überhaupt, also auch nur im Sinne des Grundsatzes, daß der angerufene staatliche Richter über seine Competenz allein zu entscheiden hat, woraus folgt, daß die vertragliche Unterwerfung unter ein an sich nicht zuständiges staatliches Gericht auch die Anerkennung seiner Jurisdiction zur Entscheidung der Competenzfrage in sich schließt. Ist nun aber hienach darauf einzutreten, ob die den Gegenstand der Klage bildenden Differenzen solche im Sinne des § 8 des Gesellschaftsvertrages seien oder nicht, so muß auch diese Frage wiederum bejaht werden. Die citirte Vertragsstelle weist dem Handelsgericht *alle* Streitigkeiten zu, welche zwischen den Litiganten „als vertragsschließende Personen", also aus dem Gesellschaftsverhältniß und in Folge desselben entstehen sollten und sie enthält durchaus keine Einschränkung auf solche Streitigkeiten, welche *während des Bestandes der gesellschaftlichen Verbindung* ausbrechen sollten. Der Schlußsatz des § 8: „und wäre in einem solchen Falle sofortige Liquidation des Geschäftes unter den Bedingungen des § 6 anzuordnen", kann diese Einschränkung nicht beweisen, weil er ganz offenbar nicht eine nähere Praecisirung des Vordersatzes, sondern einfach die Feststellung bezweckt, daß ein Prozeß zwischen den beiden Associé die Gesellschaftsauflösung und damit den Eintritt ins Liquidationsstadium zur Folge haben soll. Die gegentheilige Auslegung hätte zur Folge, daß auch im Liqui-

dationsstadium entstandene und sogar auf die Liquidation selbst bezügliche Differenzen der handelsgerichtlichen Beurtheilung entzogen geblieben wären und doch ist sicherlich nicht daran zu denken, daß das im Willen der Contrahenten gelegen habe. Wenn schießlich bemerkt wird, der Gesellschaftsvertrag sei längst dahingefallen, so ist das richtig, aber unrichtig, was man daraus ableiten will, daß damit auch die aus demselben hervorgegangenen Verbindlichkeiten, speziell die Pflicht der Contrahenten, sich für Ansprüche aus der bestandenen Gesellschaft vor dießseitigem Gericht belangen zu lassen, dahingefallen sei. Da der Kläger die eingeklagten Ansprüche in der That aus der zwischen den Litiganten bestandenen Gesellschaft ableitet, so müssen die obwaltenden Differenzen als solche im Sinne des § 8 des Gesellschaftsvertrages bezeichnet werden und folgt daraus, daß der Beklagte hinsichtlich derselben hierorts Domicil genommen hat und somit die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes gegeben ist.

4. Die dießseitige Stelle ist nun aber auch sachlich zuständig und zwar auf Grund von § 102 des Rechtspflegegesetzes; denn einmal übersteigt der Streitwerth die Summe von 500 Fr. und sodann kann kein Zweifel darüber herrschen, daß der Streit, für den die Parteien sich auf das Handesgericht berufen haben, sich als Handelsstreitigkeit darstellt. — Sofern dagegen die Competenz des Gerichtes aus den §§ 95 und 96 des cit. Gesetzes abgeleitet wurde, steht ihr allerdings das Bedenken entgegen, daß das thatsächliche Erforderniß, daß wenigstens der Beklagte im Handelsregister eingetragen sei, im Zeitpunkt der Einreichung der Klage noch nicht vorlag, indem die Eintragung erst Tags hernach erfolgte, während jener Moment als derjenige der Litiskontestation hiefür als maßgebend zu betrachten ist.

Schluss:

1. Das Gericht erklärt sich zur Behandlung der Klage zuständig.
2. Mittheilung an die Parteien.

Auszug

aus einem Urtheil der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes
vom 8. März 1887
in Sachen *Widmer* ca. *Hüppi*
betreffend Forderung aus Fabrikbetrieb.

Den vom Bundesrath in den verschiedenen Kreisschreiben an die Kantonsregierungen aufgestellten Grundsätzen, nach denen letztere untersuchen sollen, welche industriellen Anstalten als Fabriken im Sinne des Fabrik- und Haftpflichtgesetzes zu betrachten und folglich in das hierüber anzulegende Verzeichniss aufzunehmen seien, kommt die Bedeutung von förmlichen, den Art. 1 des Fabrikgesetzes vom Jahre 1877 ergänzenden Rechtssatzungen zu. Consequenzen dieser Auffaßung.

Der Beklagte betreibt in Rümlang eine Mühle und Säge. Anfangs November 1885 ist der Kläger als Müller in seinen Dienst getreten. Am darauffolgenden 14. Dezember beschäftigte sich derselbe Morgens $6^1/_2$ Uhr in der sogenannten Beutlerei mit dem Wischen des Bodens. Dabei wurde seine Blouse vom Getriebe erfaßt und als er dieselbe mit der linken Hand herausziehen wollte, gerieth er mit dem kleinen Finger derselben ebenfalls ins Getriebe und es wurde dieser derart verletzt, daß ein Bruch des zweiten Gliedes desselben eintrat. Vom 16. Dezember 1885 bis zum 1. Februar 1886 wurde der Verletzte in der Poliklinik des Kantonsspitals ärztlich behandelt und war während dieser ganzen Zeit vollständig arbeitsunfähig, ca. zwei weitere Wochen blieb noch eine etwelche Steifheit des Gliedes zurück, welche ebenfalls Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatte, nachher aber konnte Widmer seiner Arbeit wieder nachgehen, obgleich es ihm noch nicht möglich war, die linke Hand mit Bezug auf den kleinen Finger ganz genau zu schließen, ein Nachtheil, der auch zur Stunde noch vorhanden zu sein scheint, jedoch ohne die Arbeitsfähigheit zu beeinträchtigen.

Am 31. Januar 1886 erhob Widmer eine Forderungsklage gegen Hüppi, indem er 600 Frkn. Schadenersatz verlangte und den An-

spruch auf das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb stützte. Der Beklagte bestritt, daß seine Mühle dem Fabrikgesetz unterstellt sei und das Bezirksgericht Dielsdorf wies darauf die Klage mit der kurzen Begründung ab, daß es am Nachweise dieser Hauptvoraussetzung der Klage fehle. Die Appellationskammer des Obergerichtes hob jedoch dieses Urtheil mit Beschluß vom *3. April 1886* auf, indem sie sagte:

„Die Thatsache, daß die Mühle des Beklagten bis jetzt noch nicht in das Verzeichniß der Fabriken aufgenommen worden ist, beweist selbstverständlich noch nicht, daß die Mühle eine Fabrik im Sinne des Gesetzes *nicht* sei. Dem Bundesrath steht nach dem Gesetze die Entscheidung über diese Frage zu und es ist derselbe deßhalb zu ersuchen, diese Entscheidung zu treffen."

Das Bezirksgericht stellte nun beim Bundesrath eine Einfrage und erhielt am 24. April 1886 vom Eidgenössischen Handels- und Landwirthschaftsdepartement die Antwort: „Die Mühle Hüppi war bisher dem Fabrikgesetz nicht unterstellt, wir werden nun untersuchen, ob sie demselben etwa auf Grund des letzten Kreisschreibens zu unterstellen sei."

Dieses letzte Kreisschreiben des Bundesrathes an die Kantonsregierungen datirt vom 13. April 1886 und gelangt zu dem Schluß, es seien Mühlen und Bierbrauereien mit mehr als 5 Arbeitern dem Fabrikgesetz zu unterwerfen. Am 1. September berichtete die zürcherische Direktion des Innern dem Bezirksgericht auf eine bezügliche Anfrage, es habe das schweizerische Handels- und Landwirthschaftsdepartement die Säge des Hüppi dem Fabrikgesetz unterstellt, *die Mühle aber nicht,* weil nur 4—5 Mann darin beschäftigt werden.

Am 2. September erließ der Bundesrath ein weiteres Kreisschreiben an die Kantonsregierungen, welches mit folgender Verfügung schließt:

„Die im Kreisschreiben vom 13. April 1886 ausgesprochene Unterstellung von Mühlen mit mehr als 5 Arbeitern unter das Fabrikgesetz wird auf alle Mühlen mit mehr als 2 Arbeitern ausgedehnt, welche nicht ausschließlich Familienglieder des Besitzers beschäftigen."

Zur Zeit des in Frage stehenden Unfalles (14. Dezember 1885) war bezüglich der Frage, ob und welche Mühlen dem Fabrikgesetz zu unterstellen seien, noch das Kreisschreiben des Bundesrathes vom 21. Mai 1880 maßgebend und dieses bestimmte: „Es seien Mehlmühlen und Bierbrauereien *nicht* als Eabriken zu betrachten, wenn nur erwachsene männliche Arbeiter in denselben beschäftigt werden und in der Regel beim Arbeitgeber selbst Kost und Logis haben."

Mit Urtheil vom 15. Dezember 1886 wies nunmehr das Bezirksgericht Dielsdorf die Klage zum zweiten Mal ab, weil jetzt außer Zweifel stehe, daß die Mühle des Beklagten am 14. Dezember 1885 dem Fabrikgesetz nicht unterstellt gewesen sei und es ist dieses Urtheil sodann auch zweitinstanzlich bestätigt worden und zwar

aus folgenden Gründen:

1. Die Klage wird auf das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881 gestützt und es frägt sich demnach, ob die Mühle des Beklagten diesem Gesetze unterstellt sei. Hiefür ist nach Art. 1 genannten Gesetzes die Begriffsbestimmung in Art. 1 des Bundesgesetzes vom 23. März 1877 betreffend die Arbeit in den Fabriken maßgebend. Der Wortlaut von Absatz 1 genannter Stelle läßt an und für sich Zweifel entstehen, ob die betreffende Mühle als Fabrik zu betrachten sei und Absatz 2 schreibt nun vor, daß in diesem Falle der Entscheid darüber nach Einholung eines Berichtes der Kantonsregierung dem Bundesrathe zustehe. Die gleiche Vorschrift ist in Art. 14 des im Eingange erwähnten Haftpflichtgesetzes vom Jahre 1881 aufgenommen worden. Nun liegt ein Beschluß des Bundesrathes darüber, ob die Mühle des Beklagten schon im Dezember 1885, zu welcher Zeit der Kläger darin verletzt wurde, als Fabrik zu betrachten gewesen, allerdings nicht vor, obschon ein solcher Beschluß nach dem dießseitigen Rückweisungsbeschluß vom 3. April 1886 durch die erste Instanz hätte veranlaßt werden sollen. Wie aus der Zuschrift der Direktion des Innern

an das Besirksgericht Dielsdorf vom 1. September 1886 zu entnehmen ist, scheint einfach das Eidgen. Handels- und Landwirthschaftsdepartement verfügt zu haben, daß zwar die Säge, nicht aber die Mühle des Beklagten „als Fabrik" zu betrachten sei.

2. Zum genannten Bundesgesetz treten nun aber eine Reihe von Kreisschreiben des Bundesrathes an die Kantonsregierungen hinzu, welche den Begriff der Fabrik in verschiedenen Richtungen genauer bestimmen, als im Gesetze geschehen ist. Im Besondern sind bezüglich des Mühlengewerbes folgende Kreisschreiben von Bedeutung. In einem solchen vom 21. Mai 1880 wurde erklärt, Mehlmühlen seien nicht als Fabriken zu betrachten, wenn nur erwachsene männliche Arbeiter in denselben beschäftigt werden und in der Regel beim Arbeitgeber selbst Kost und Logis haben. Eine neue Prüfung der Sache führte den Bundesrath sodann unterm 13. April 1886 zu dem Beschluß, es seien Mühlen mit mehr als *5* Arbeitern dem Fabrikgesetz zu unterstellen und mit Kreisschreiben vom 2. September 1886 wurde endlich auf den in einer Kollektiveingabe ausgesprochenen dringlichen Wunsch der Müller erklärt, es fallen überhaupt Mühlen mit mehr als *2* Arbeitern unter das Fabrikgesetz. Bei dieser veränderten Auffaßung war der Bundesrath, wie namentlich das letztgenannte Kreisschreiben zeigt, wesentlich davon geleitet, daß sich die Einrichtung und Betriebsweise der Mühlen im Laufe der Zeit erheblich geändert habe.

3. Diese Kreisschreiben präcisiren das Verhältniß der Mühlen zum Begriff der Fabrik so hinreichend, daß es sich auf Grund hievon nur darum handeln kann, das Vorhandensein jener thatsächlichen Voraussetzungen festzustellen, um zu entscheiden, ob das beklagtische Mühlengewerbe nach dem einen oder andern jener Kreisschreiben als Fabrik anzusehen sei und es kann daher von einem bezüglichen „Zweifel" im Sinne des Bundesgesetzes, sobald dieselben die Grundlage der richterlichen Beurtheilung bilden, nicht die Rede sein. Nach dem letzten Erlaß wäre wohl die Eigenschaft der Fabrik ohne weizunehmen, während es auf Grund der frühern Kreisschreiben Sache des Klägers gewesen wäre, noch den Nachweis jener faktischen Voraussetzungen zu erbringen, sodaß die Haftpflicht wegen Mangel derselben verneint werden müßte.

4. Demnach frägt es sich, welcher rechtliche Charakter diesen Kreisschreiben zukomme, nämlich, ob dieselben die Bedeutung von Rechtssatzungen haben, die den Art. 1 des Fabrikgesetzes vom Jahre 1877 ergänzen oder lediglich Aeußerungen des Bundesrathes über seine Auslegung jener Gesetzesbestimmung bilden. Im erstern Falle können jene Erklärungen nach dem Grundsatz, daß legislative Akte in der Regel keine rückwirkende Kraft haben, nur Anwendung finden, soweit sie zur Zeit des Unfalles, am 14. Dezember 1885 schon erlassen waren und kommt daher nur das Kreisschreiben vom Jahre 1880 in Betracht. Andernfalls aber sind auch die spätern Entscheidungen als schon in der Begriffsbestimmung des Gesetzes enthalten zu betrachten, nämlich als eine bloße Darlegung jener und sind daher rückwirkend. Als richtig erscheint nun erstere Auffaßung. Dem Bundesrath steht im Wesentlichen die Vollziehung der Bundesgesetze und speziell des in Frage stehenden zu. Die Begriffsbestimmung von Art. 1 des Fabrikgesetzes ist nun etwas allgemein gefaßt und bedurfte daher behufs Vollziehung der Ergänzung und Präcision, wobei die im Laufe der Zeit eintretenden Veränderungen ebenfalls mit in Betracht kommen. Jene Kreisschreiben haben aber offenbar den letzterwähnten Zweck und diese Bestimmung gibt ihnen den Charakter von *Verordnungen*. Bei dieser Auffaßung ist daher die Zugehörigkeit der Mühle des Beklagten unter den Begriff der Fabrik nach dem Kreisschreiben vom Jahre 1880 zu beurtheilen und hienach muß sie jedenfalls verneint werden. Kann nun aber die Klage nicht auf das Spezialgesetz über die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb begründet werden, so mangelt ihr überhaupt das Fundament, weil ein mit der vom Kläger erlittenen Körperverletzuug in ursächlichem Zusammenhang stehendes Verschulden des Beklagten, welches ihn auch nach den Grundsätzen des allgemeinen Civilrechts verantwortlich machen würde, nicht

nachgewiesen ist. Dieselbe muß demnach abgewiesen werden.

Anderweitige Auszüge
aus Urtheilen der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

I.
Schenkung auf den Todesfall im Sinne der §§ 1079 und 1080 des Zürch. P.-R. G.-B.

In einem Prozesse zwischen den Kindern erster Ehe eines Erblassers einer- und ihrer Stiefmutter sowie den Kindern zweiter Ehe anderseits stritten sich die Parteien auch darüber, ob die hinterlassene Wittwe nicht 22 Kantonalbankobligationen im Gesammtbetrage von 30,000 Fr., welche bei der Kantonalbank auf ihren Namen hinterlegt waren und ein Haus, das der Erblasser schon im März 1882 für 15,300 Fr. gekauft, baar bezahlt und direkt seiner Frau notarialisch hat zufertigen lassen, in die Hinterlassenschaft einwerfen müsse. Die Appellationskammer sprach die Einwerfungspflicht aus, davon ausgehend, daß wenn man hier auch der Form nach von Schenkungen unter Lebenden zu Gunsten der Beklagten sprechen wolle, dieselben unter die §§ 1079 und 1080 des P.-R. G.-B. fallen und deßwegen im Umfange der dadurch bewirkten Pflichttheilsverletzung (welcher mit dem Umfang der Schenkungen selbst übereinstimmte) aufgehoben werden müssen. In der Begründung wird ausgeführt:

1. Der letzte auf den Namen der Beklagten lautende, sämmtliche in Frage stehenden Obligationen umfassende Depositenschein vom 17. Februar 1885 enthält den Passus, daß von der Deponentin, ohne Zustimmung des Erblassers bei seinen Lebzeiten an den deponirten Werthtiteln keine Veränderungen vorgenommen werden dürfen und darin kann nichts Anderes erblickt werden, als eine Vorsorge dafür, daß die Schenkung dem Erblasser selbst nicht fühlbar werde. Der letztere wollte damit verhindern, daß die Beschenkte über die Schenkungsobjekte frei verfügen, namentlich dieselben veräußern und den Gegenwerth verabwandeln könne und dafür sorgen, daß die Erträgnisse derselben ihm und der Familie erhalten bleiben. Nichts ist denn auch natürlicher als dieses Vorgehen des Erblassers, wenn man bedenkt, daß die 30,000 Fr. so zu sagen das einzige fruchtbringende Vermögen desselben gebildet haben (er hinterließ nur noch 4 Sparhefte von je 1050 Fr., ein fünftes im Betrage von 372 Fr., eine Konsumvereinsactie im Kurswerth von 340 Fr., das Haus, etwas Fahrhabe und ein *unverzinsliches,* erst mit dem Tode des Schuldners fällig werdendes Guthaben von 9000 Fr.). Von jeher haben denn auch die Zinse der Obligationen, selbst wenn sie thatsächlich von der Ehefrau einkassirt wurden, in der Haushaltung ihre Verwendung gefunden. Diese durch die Verhältnisse absolut gebotene Verwendung der Früchte kann, wie übrigens auch der citirte Vorbehalt beweist, nur auf einem bezüglichen Einverständniß der Ehegatten beruhen. Dem Schenkgeber ist also die Schenkung nie fühlbar geworden und er hat auch dafür gesorgt, daß sie es nie werden könne, weßhalb die lit. c des § 1080 des P.-R. G.-B. hier ihre Anwendung finden muß.

2. Die Verhältnisse zeigen, daß es sich bei der Zufertigung des Hauses an die Beklagte nicht um eine ernstlich gemeinte Schenkung unter Lebenden, sondern bloß um ein Scheingeschäft, d. h. darum gehandelt hat, das Haus für die Zeit nach dem Tode des Schenkgebers als nicht zu seinem Nachlaß gehörend darzustellen. Dieß muß daraus geschlossen werden, daß die Schenkung unter Umständen geschah, welche bewirkten, daß die dadurch herbeigeführte Vermögensverminderung nicht dem Schenkgeber selbst, sondern erst seinen Erben fühlbar wurde und daß dieselbe nur mit Rücksicht auf diese Umstände vorgenommen wurde, im Falle der Abwesenheit der letztern dagegen nicht vorgenommen worden wäre. Die Verhältnisse des Erblassers waren nämlich nicht so, daß er seiner Frau das Haus etwa zu Speculationszwecken oder als zeitweiser Luxussitz hätte schenken können, wobei dasselbe Sondergut der Beschenkten geworden wäre und

wobei es dann auch die Meinung gehabt hätte, daß sie jeder Zeit frei darüber verfügen, es verkaufen und den Gegenwerth wieder nach Belieben verwenden könne. Dieselben lagen vielmehr derart, daß er zwar wohl 15,300 Fr. für ein Haus verausgaben konnte, jedoch nur in der Meinung und für den Fall, als ihm dieses dann auch sowohl für seine persönliche als die Unterkunft derjenigen Personen diente, für welche er bei seinen Lebzeiten zu sorgen verpflichtet war, nämlich Frau und Kinder und in diesem Sinne hat denn auch der Hauserwerb stattgefunden und sind wiederum dem entsprechend die ökonomischen Wirkungen desselben bis zum Tode des Erblassers ganz die gleichen geblieben, wie wenn das Haus statt der Frau ihm selbst notarialisch zugestanden hätte. Von Anfang an wohnte der Erblasser mit der Familie in diesem Haus, ohne daß er der Frau Miethzins bezahlt hätte. Der von einem Dritten bezahlte Miethzins floß in die Haushaltungskasse, kam also dem Erblasser zu und aus seinem Vermögen wurden Bauten, Reparaturen, Steuern etc. bezahlt. Die Beschenkte hatte keinerlei Mittel dazu, denn sie war vollkommen vermögenslos. Es zeigt sich also, daß die Beklagte nach der Willensmeinung, welche beim Ankauf des Hauses obgewaltet hat, zu Lebzeiten des Erblassers, — den Fall der Ehescheidung, an den die Contrahenten natürlich nicht dachten, ausgenommen, — keinerlei Interesse daran hatte, daß das Haus ihr notarialisch zustand und weil der Grund davon darin liegt, daß der Schenkgeber die Vortheile des Hausbesitzes während seinen Lebzeiten nicht entbehren konnte und dieselben deßhalb auch zugewendet erhielt, so liegt auf der Hand, daß es sich hier nur um eine Schenkung auf den Todesfall gehandelt haben kann. (19. Februar.)

II.

Auslegung von § 1913 des zürcherischen Erbrechts. (Voraus der unerzogenen Kinder gegenüber den erzogenen.)

Ein weiterer Streitpunkt im oben erwähnten Prozeß bildete die Frage, ob den noch unerzogenen Kindern zweiter Ehe nicht ein Voraus im Sinne des § 1913 des P.-R. G.-B. zuzusprechen sei. Die Kläger (Kinder erster Ehe) bestritten dieß und glaubten schon die grundsätzliche Berechtigung des Begehrens negiren zu können, weil der Erblasser sie durch Testament vom Jahre 1880 zu Gunsten der Beklagten bereits auf den Pflichttheil gesetzt hatte und nun die Ansicht ausgesprochen wurde, daß die Zusprechung eines Voraus die Verletzung des letztern zur Folge hätte und dieß nicht im Sinne des Gesetzes liegen könne.

Die Appellationskammer verwarf jedoch diesen Standpunkt, indem sie ausführte: Die Ansicht der Kläger könnte höchstens dann getheilt werden, wenn die testamentarische Zuwendung gerade unter Berufung auf den Umstand, daß die Begünstigten noch unerzogen seien, stattgefunden hätte und sich daraus der Wille des Testators ergebe, daß seine Zuwendung an Stelle des gesetzlichen Voraus treten solle. Der § 1913 des P.-R. G.-B. ist eine die Größe des Erbtheils der unerzogenen Kinder gegenüber den erzogenen regulirende Bestimmung und es beträgt somit der Pflichttheil der letztern nur 4/5 derjenigen Summe, welche nach Abzug des Voraus übrig bleibt, woraus folgt, daß die Anwendung des § 1913 des P.-R. G.-B. auf den vorliegenden Fall keine Pflichttheilsverletzung gegenüber den Klägern zur Folge hat. (19. Februar.)

III.

Streit über die Frage der Gültigkeit eines zwischen Brautleuten zu Stande gekommenen Kollektivgesellschaftsvertrages. Die nachfolgende Ehe bildet keinen Auflösungsgrund der Gesellschaft.

Laut öffentlicher Bekanntmachung im Handelsamtsblatt vom 31. Jenner 1885 ging die Rekurrentin, damals Fräulein H., mit G. K. eine Kollectivgesellschaft ein behufs Betreibung eines Bierhandels. Die Vertragschließenden heirateten sich sodann unterm 2. Juni 1885. Anfangs September gerieth die Firma in Konkurs und gleichzeitig der als solidarer

Antheilhaber für die Gesellschaftsschulden haftende Ehemann K. In beiden Konkursen meldete die Rekurrentin ihre seinerzeitige Gesellschaftseinlage von 29,350 Franken als Frauengutsforderung an und begründete ihren Anspruch auf das Weibergutsprivilegium damit, daß ein gültiger Gesellschaftsvertrag gemäß den §§ 164, 165 und 174 des P.-R. G.-B. überhaupt nicht zu Stande gekommen, eventuell wegen Nichterfüllung der dort vorgeschriebenen Förmlichkeit durch den Abschluß der Ehe dahin gefallen sei.

Beide Instanzen erklärten jedoch den Gesellschaftsvertrag entgegen diesen Ausführungen als rechtsgültig und fortdauernd und wiesen deßhalb die Weibergutsansprache ab. Die Appellationskammer mit folgender Begründung:

Die nachmalige Frau K. war in unverheiratetem Zustand, ob Braut des K. oder nicht, völlig handlungsfähig und zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages berechtigt, denn das Bundesgesetz über die Handlungsfähigkeit gestattet den Kantonen lediglich, die Handlungsfähigkeit der *Ehefrauen*, nicht aber auch schon der Bräute zu beschränken. Die §§ 164 u. folgd. des Priv.-G. sprechen von Verträgen über das eheliche Güterrecht, also über ein Rechtsverhältniß, das an die Thatsache der Eheschließung gebunden ist und erst mit dieser in Kraft tritt, während der vorliegende Gesellschaftsvertrag ganz unabhängig von dieser Thatsache den Beginn seiner Wirksamkeit auf den 1. Februar 1885 festsetzte. Sodann kennt das Obligationenrecht die Verheiratung der Gesellschafter nicht als Auflösungsgrund der Gesellschaft. Ist sie einmal gültig eingegangen, so bleibt sie auch fortbestehen. Es liegt in ihr auch keine Aenderung des gesetzlichen ehelichen Güterrechts; die associrte Ehefrau bringt ja dem Manne nicht die Baareinlage ins Geschäft als Weibergut zu, sondern lediglich ihre aktiven oder passiven Vermögensrechte an der Gesellschaft, gleichviel ob sie mit dem Ehemann selber oder einem Dritten vor Eingehung der Ehe einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen habe. So hat auch der Gesetzgeber den Abschluß eines solchen mit dem Ehemann nicht als Abänderung des ehelichen Güterrechts angesehen, da er diesen Fall besonders in § 174 des P.-R. G.-B. behandelt und ihn daher nicht schon in dem § 164 mitinbegriffen wissen will. Es könnte somit auch der voreheliche Abschluß des Gesellschaftsvertrages nur als Umgehung des § 174, nicht als ein Verstoß gegen § 164 angesehen werden; es ist aber auch das erstere nicht der Fall; denn § 174 beruht offenbar nicht auf der Erwägung, daß das Bestehen einer Kollectivgesellschaft unter Ehegatten mit dem Wesen der Ehe unvereinbar sei, wohl aber auf der Betrachtung, daß die unter der Vormundschaft des Ehemannes stehende Ehefrau nicht von ihm zur Eingehung eines gefährlichen Vertrages soll überredet oder gar gezwungen werden können; Gründe, welche vor der Verheirathung einer handlungsfähigen Frauensperson gegenüber nicht zutreffen; wie denn auch § 174 im Gegensatz zu § 164 nur von Frau und Mann und nicht auch von den Brautleuten redet. (22. Februar 1886.)

IV.

Das dem Anwalt ertheilte Mandat wird durch die Bestellung eines neuen Vertreters hinter seinem Rücken nicht hinfällig und sind demnach die von ihm erst später dem Gerichte abgegebenen Erklärungen für den Vertretenen verbindlich.

Eine Partei ertheilte, nachdem sie den Prozeß erstinstanzlich verloren hatte, ohne vorherige Rücksprache mit ihrem bisherigen Vertreter, einem neuen Anwalt Vollmacht zur Weiterführung der Sache vor II. Instanz und dieser erklärte darauf die Appellation. Nachher reichte auch der bisherige Vertreter eine Appellationserklärung ein, frug dann aber den Clienten an, ob er wirklich an der Weiterziehung festhalten wolle und als er darauf die schriftliche Antwort erhielt, es solle die Berufung, wenn schon erklärt, wieder zurückgezogen werden, machte er eine dahin lautende Eingabe an das Bezirksgericht, worauf dieses beschloß, es sei von dem Rückzuge der Appellation unter Mittheilung an die Parteien Vormerk zu nehmen. Nunmehr stellte der II. Anwalt das Begehren, es möchte die

von ihm erklärte Appellation bewilligt werden, weil die von seinem Clienten dem frühern Vertreter zugestellte Erklärung nur den Sinn gehabt habe, er solle die von ihm erklärte Appellation nicht weiter betreiben, währenddem die von dem Gesuchsteller erklärte Berufung aufrecht erhalten bleiben soll. Das Begehren wurde als Restitutionsgesuch gegen den Ablauf der Appellationsfrist bezeichnet. Beide Instanzen wiesen dasselbe ab, die Appellationskammer des Obergerichtes mit folgender Begründung:

1. Bei der Beurtheilung der vorliegenden Frage muß untersucht werden, einmal ob Adv. B. zur Erklärung des Appellationsrückzuges bevollmächtigt war und sodann welche Bedeutung dieser Erklärung beigemessen werden muß.

Für den ersten Theil der Frage sind die Vorschriften des Obl.-R. und zwar die Art. 36—49 und 392—405 maßgebend. Rekurrenten haben unterm 14. April 1886 dem Adv. B. Prozeßvollmacht ertheilt und diese weder gekündigt noch dem Gericht Kenntniß von einer solchen Kündigung gegeben. (Art. 402. 41 O.-R.) Daß die weitern in Art. 403 des O.-R. angeführten Erlöschungsgründe hier nicht zutreffen, ist klar. Auch die Bestellung neuer Vertreter macht ein früher ertheiltes Mandat nicht hinfällig; das Gesetz über die Rechtspflege bestimmt in § 176 lediglich, daß bei derselben Verhandlung in der Regel für eine Partei nicht mehrere Personen das Wort führen dürfen, im übrigen ist die Bestellung mehrerer Anwälte für ein und denselben Prozeß durch das Gesetz nirgends ausgeschlossen, es geschieht dies sogar sehr häufig durch gleichzeitige Bevollmächtigung zweier oder mehrerer Anwälte eines Advokatenbureau. Jede von dem einen oder dem andern Vertreter ausgegangene Erklärung ist dann für den Vertretenen verbindlich und ein Widerspruch zwischen solchen Erklärungen löst sich nach denselben Regeln, nach denen widersprechende Erklärungen eines und desselben Vertreters behandelt würden, also gewöhnlich mit Berücksichtigung der Zeitfolge der Erklärungen. Daß Adv. B. zur Erklärung der Appellation keinen speziellen Auftrag gehabt, ist gleichgültig; denn die ertheilte schriftliche Vollmacht lautet auch auf die Befugniß, Rechtsmittel zu ergreifen und den Abstand zu erklären, so daß es dem Gericht und der Gegenpartei gegenüber keiner weitern Erklärungen bedurfte. (Art. 41 des O.-R.)

2. Nun gieng die Eingabe des Adv. B. vom 27. XII. auf Rückzug der Appellation schlechthin, ohne irgend welche Beschränkung und damit war auf das Rechtsmittel endgültig Verzicht geleistet. Angenommen nun auch, was keineswegs erwiesen ist, es haben die Rekurrenten damals wirklich nur beabsichtigt, dem Adv. B. das Mandat zu entziehen und den heutigen Vertreter mit der Fortsetzung des Prozesses zu betrauen, so wäre es ihre Pflicht gewesen, den erstern hierüber zu instruiren. Die Folgen einer mangelhaften Instruktion des Vertreters hat eine Partei sich immer selber zuzuschreiben, und sie kann sich nicht darauf berufen, daß derselbe in ungenügender Kenntniß der Sachlage Erklärungen abgegeben, zumal dann, wenn sie ihm absichtlich den wirklichen Sachverhalt verheimlicht hat. Darüber aber, daß Adv. B. mit seiner Erklärung wirklich das herbeiführen wollte, was das Bezirksgericht unterm 29. Dezbr. beschlossen, kann kein Zweifel bestehen. (22. Februar 1887.)

V.

Markenschutz.

Derselbe muß auch gewährt werden für Waaren, welche in einem Kanton aus sanitätspolizeilichen Gründen nicht oder nur bedingungsweise verkauft werden dürfen.

Die Londoner Firma Burgogne, Burbidges & Cie. producirt chemische und pharmaceutische Artikel, darunter auch den ziemlich weitbekannten „Rosetter's Haar-Regenerator“ (ein Haarwasser, dessen Gebrauch alle Schuppen und Unreinigkeiten der Kopfhaut entfernen, das Ausfallen der Haare verhindern und den Glanz und die Jugendfrische derselben wieder herstellen soll). Am 19. Febr. 1881 deponirte dieselbe ihre Fabrik- und Handelsmarke beim eidg. Markenamt in Bern und am 5. März gl. J. wurde diese publizirt.

Mit Eingabe vom 25. August 1886 erhoben Burgogne, Burbidges & Cie. beim Statthalteramt Zürich Strafklage gegen den Coiffeur S., weil er beim Vertriebe des *von ihm* präparirten „Rosetters Haar-Regenerator" seit mindestens einem Jahre eine Marke verwende, welche der ihrigen, gesetzlich geschützten Marke derart nachgeahmt sei, daß das Publikum irre geführt und in den Glauben habe versetzt werden müssen, es handle sich um das von ihnen, den Klägern fabricirte Haarwasser.

Nach durchgeführter Untersuchung erhob das Statthalteramt wirklich Anklage gegen S., weil er in der Absicht, das Publikum zu täuschen, die klägerische Marke für seine eigenen Waaren verwendet habe (Art. 18 lit. 6 des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken). Das Bezirksgerichtspräsidium Zürich verweigerte aber die Anhandnahme der Anklage auf Grund folgender Erwägungen:

1. Der § 9 des Gesetzes betreffend das Medicinalwesen vom 2. Oktober 1854 lautet: „Die Ankündigung von angeblichen Arzneimitteln zum Gebrauch ohne spezielle Verordnung eines Arztes ist ohne besondere Bewilligung von Seite der Direktion der Medicinalangelegenheiten Medicinalpersonen, wie sonst Jedermann untersagt."

2. Das von Bourgogne, Burbidges & Cie. in den Handel gebrachte Haarwasser genannt: „Rosetter's Haar-Regenerator" gibt sich als ein Arzneimittel aus, was daraus geschlossen werden muß, daß dasselbe nach der Ettiquette das Ausfallen der Haare verhindern soll und es ist somit die Ankündigung und der Verkauf desselben gemäß der oben citirten Gesetzesbestimmung im Kanton Zürich nur mit Bewilligung der Sanitätsdirektion erlaubt, diese Bewilligung aber hatten die Kläger zur Zeit, als das eingeklagte Vergehen begangen worden sein soll, noch nicht ausgewirkt. Für ein Fabrikat, das nicht angekündigt, also auch nicht verkauft werden darf, kann Schutz gegen Nachahmung nicht verlangt werden, weil dieser Schutz gerade den Umsatz des Originals zu sichern bezweckt.

Auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin wurde diese Anhandnahmeverweigerung durch die Appellationskammer des Obergerichtes aufgehoben und das Bezirksgerichtspräsidium Zürich angewiesen, die Anklage zuzulassen und dem Gerichte zur Beurtheilung vorzulegen.

Gründe:

Die Annahme, daß die von den Geschädigten mit der Marke versehene Waare als Geheimmittel im Kanton Zürich nicht vertrieben werden dürfe und daher auch die Marke keinen gerichtlichen Schutz verdiene, scheint zunächst mit verschiedenen bei den Akten liegenden Verfügungen der Sanitätsdirektion in Widerspruch zu stehen. Allein wie dem auch sei, die Thatsache, daß eine Waare im Kanton Zürich gar nicht oder nur bedingungsweise verkauft werden darf, entbindet den zürcherischen Richter nicht, das Waarenzeichen in den durch die Eintragung erworbenen Rechten zu schützen; denn das Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken macht keine bezügliche Ausnahme und Bundesrecht geht vor dem kantonalen Recht. Es kann auch nicht gesagt werden, daß deßhalb, weil den Kantonen die Sanitätspolizei zustehe, ihnen folgerichtig auch vorkommendenfalls die Nichtbeachtung des Markenschutzgesetzes überlassen bleiben müsse; denn es ist nicht einzusehen, wieso die gerichtliche Verfolgung dessen, der seinem verbotenen Produkt eine nachgeahmte Marke aufklebt, die Ausübung der Sanitätspolizei irgendwie erschweren oder verunmöglichen könnte. (1. März 1887.)

VI.

Die gerichtliche Anfechtung einer Forderung Seitens eines Mitgläubigers des Ansprechers ausserhalb dem Konkurse des gemeinsamen Schuldners. Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit.

Oettinger & Cie. in Zürich hatten dem Freiherrn von Watzdorf während seines Aufenthaltes in Zürich vom 25. Februar 1881 bis 31. Oktober gleichen Jahres erhebliche Beträge durch Waarenlieferung und Gelddarleihen creditirt. Die von Watzdorf verspro-

chenen Zahlungen blieben aus und es zeigte sich im Fernern, daß der Freiherr wegen Verschwendung unter Vormundschaft stand. Unterm 7. Juli 1885 verzeigten deßhalb Oettinger & Cie. den Watzdorf wegen Betruges und es wurde derselbe in Verhaft gesetzt. Auch Dr. Goll, der den letztern ärztlich behandelt hatte, stellte eine Rechnung im Betrage von 160 Fr. Um die Wiederentlassung des Angeschuldigten zu erwirken, deponirte der Vormund desselben, Rechtsanwalt Koerner in Dresden den Betrag von 6000 Frkn. zur Deckung der Geschädigten wie auch der Gerichtskosten und anerkannte den hiesigen Gerichtsstand bezüglich der Streitfrage, welcher Anspruch den Damnificaten Oettinger & Cie. zustehe. Daraufhin wurde die Untersuchung sistirt, da Watzdorf nicht als mittelloser Hochstapler sich herausstellte, sondern vielmehr über ein jährliches Renteneinkommen von 10—12,000 Mark sich auswies.

Im Sommer 1885 hatte Watzdorf bis zu seiner Verhaftung im Hotel Gotthard in Luzern logirt und ist dem Gastwirth Doepfner 190 Fr. 90 schuldig geblieben, ferner blieb eine Arztrechnung des Dr. Werner daselbst im Betrage von 201 Fr. unbezahlt. Diese beiden Creditoren erwirkten im August und September 1886 Arreste auf den Ueberschuß des Depositums von 6000 Fr. über die Ansprüche von Oettinger & Cie., Dr. Goll und die Kosten der Strafuntersuchung hinaus. Oettinger & Cie. reichten sodann beim Bezirksgericht Zürich gegen Watzdorf eine Forderungsklage im Betrage von 4758 Fr. 85 Rp. ein und es ist dieselbe, da der Beklagte auf zweimalige Vorladung hin nicht vor Gericht erschien und deßhalb gemäß der Androhung Anerkennung des thatsächlichen Klagegrundes und Verzicht auf Einreden angenommen werden mußte, mit Urtheil vom 3. Juli 1886 in vollem Umfange gutgeheißen worden.

Die Bezahlung dieser Forderung, derjenigen des Herrn Dr. Goll und die Bestreitung der Untersuchungskosten hätten nun das Depositum von 6000 Fr. vollständig aufgezehrt und wäre somit für die beiden Arrestgläubiger aus Luzern (Doepfner und Werner) nichts übrig geblieben. Deßhalb erhoben diese gegen Oettinger & Cie. Klage, indem sie verlangten, es solle die Forderung derselben auf 3600 Fr. reducirt werden. Das Urtheil in Sachen der Beklagten gegen Watzdorf berühre sie, die Kläger, nicht, eine Anerkennung der beklagtischen Forderung durch den letztern liege nicht vor und folglich müssen Oettinger & Cie. zeigen, daß sie wirklich 4758 Fr. 85 Rp. zu fordern haben. Dieß werde bestritten und zum Beweis verstellt, daß die Ansprache der Beklagten colossal übersetzt sei.

Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen, von der Appellationskammer des Obergerichtes

aus folgenden Gründen:

1. Gegenstand des von den Klägern ausgewirkten Arrestes ist nur der Ueberschuß des von Watzdorf geleisteten Depositums über die Forderungen der Beklagten und des Dr. Goll, sowie die Kosten der Strafuntersuchung hinaus und im Prozesse, welcher zwischen den Beklagten und Watzdorf geführt wurde, ist die Forderung der erstern im ganzen Umfange zwar nicht ausdrücklich, aber doch stillschweigend anerkannt worden. Daraus folgt, daß die Beklagten berechtigt sind, sich für dieselbe aus dem fraglichen Depositum bezahlt zu machen, wenn nicht die Kläger ein besseres Recht nachzuweisen vermögen.

2. Ein solches Recht mittelst Anfechtung der materiellen Richtigkeit der Forderung der Beklagten steht ihnen nun aber nach unserer Gesetzgebung außer im Konkurse des beidseitigen Schuldners Watzdorf nur zu, wenn die Handlungsweise der Beklagten, durch welche sie in ihren auf den Arrest gestützten eigenen Ansprüchen verkürzt worden sind, als ein auf diesen Zweck gerichteter Dolus aufzufassen wäre. Ihre Klage auf Herabsetzung des klägerischen Anspruches an das fragliche Depositum ist daher die actio doli.

3. Allein die Voraussetzungen dieser Klage sind nicht bewiesen; denn gesetzt auch, die Forderung der Beklagten sei wirklich in so hohem Grade übersetzt, wie die Kläger behaupten, so berechtigt doch dieß allein noch lange nicht zu der Annahme eines solchen Dolus, wie dieß z. B. der Fall wäre, wenn ein Einverständniß zwischen ihnen und dem

Vormunde des Watzdorf dahin gehend vorgelegen hätte, durch die Geltendmachung einer übersetzten Forderung diejenigen Gläubiger, welche Arreste besassen, zu beeinträchtigen, was unter Anderm dann hätte angenommen werden müssen, wenn es den Klägern gelungen wäre, nachzuweisen, daß ein Separatabkommen zwischen Oettinger und dem Vormund Koerner bestanden hätte, nach welchem dem letztern für seine Anerkennung pekuniäre Vortheile resp. ein Nachlaß zugesichert worden wäre. Weder solche noch anderweitige Behauptungen, aus denen auf einen Dolus der genannten Art hätte geschlossen werden können, sind aufgestellt worden und es muß deßhalb die Klage Mangels des zu ihrer Begründung erforderlichen Fundamentes abgewiesen werden. (März 1887.)

VII.

Unterschied zwischen der Stellung des Faustpfandgläubigers einer indossablen Forderung gegenüber dem Schuldner der letztern im Falle der Pfandbestellung durch *Indossement (Art. 214 des O.-R.) und im Falle der Pfandbestellung* ohne *Indossement in Gemässheit von Art. 215 des Obl.-R.*

Da die Verpfändung eines Vermögensobjektes nur eine besondere Art der Veräußerung ist, bedarf es zur Erzeugung wechselrechtlicher Folgen für den Faustpfandgläubiger einer Forderung, namentlich aber bezüglich allfälliger Einreden des Schuldners der besondern Formalität des Indossements. Die Verpfändung eines an Ordre lautenden Papiers ist indessen auch möglich in Gemäßheit des Art. 215 des O.-R. gerade so wie die Abtretung einer Wechselforderung vermittelst gewöhnlicher Cession, d. h. ohne Indossirung. Wo die Verpfändung so stattfindet, muß sich dann auch der Pfandgläubiger ganz wie ein Cessionar alle diejenigen Einreden des Schuldners gefallen lassen, welche diesem letztern gegenüber dem Verpfänder beziehungsweise gegen den Cedenten zustehen, wenn dieselben schon zur Zeit vorhanden waren, als er von der Verpfändung resp. von der Abtretung Kenntniß erhielt. (26. März.)

VIII.

Interpretation von Art. 493 des schw. O.-R.

In einem Falle, in welchem der hierseitige Bürge eines in Paris wohnhaften Schuldners aus seiner Bürgschaftsverpflichtung belangt wurde, stützte sich der Gläubiger auf die vom Gerichtsvollzieher (huissier) in Paris auf seine Veranlaßung gemachten Erhebungen über die Insolvenz des Schuldners. Ueber die Frage, welche rechtliche Bedeutung diesen Erhebungen beizulegen sei, sprach sich die Appellationskammer dahin aus:

Der Art. 493 des Schw. O.-R. verlangt, daß der Belangung des Bürgen vorgängig ein eigentliches, auf Realisirung der Forderung gerichtetes Verfahren gegen den Hauptschuldner eingeleitet werde und dieses zu keinem genügenden Resultate führe. Wenn also auch das Gesetz offenbar bezweckt, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners festgestellt sei, begnügt es sich doch nicht mit einem allgemeinen Ausweise über die Insolvenz, sondern verlangt, daß dieser durch ein bestimmtes Verfahren erbracht werde, welches auf die Execution der Forderung selbst hinzielt. Nun kann freilich nach französischem Recht die Execution nicht einfach durch freie Schuldbetreibung stattfinden, allein dieß berechtigt den Richter nicht, von dem Requisite des Art. 493 in der Weise abzusehen, daß ein nicht im Stadium der Execution ausgewirkter Ausweis über die Insolvenz des Schuldners hier ausreichend erachtet würde, es stünde dieß im Widerspruch mit dem Grundsatze, daß das Gesetz auf alle Bürger im In- und Auslande, auf die es überhaupt Anwendung findet, in gleicher Weise zur Anwendung gelangen solle. Der Richter muß daher vom Gläubiger den Nachweis verlangen, daß diejenige Förmlichkeit beobachtet worden sei, welche nach dem am Domicil des Schuldners geltenden Rechte dem entspricht, was der Art. 493 von dem im Inlande wohnenden Gläubiger verlangt, d. h. daß die Realisirung der Forderung im Executionswege versucht

worden, dieser Versuch aber wegen Insolvenz des Schuldners mißlungen sei. Der bloße Bericht eines Gerichtsvollziehers bildet keinen genügenden Anhalt dafür, daß der Gläubiger versucht habe, seine Forderung in denjenigen Formen zu realisiren, welche das französische Prozeßrecht für die Execution vorschreibt. Es läßt sich auch nicht einmal sagen, daß durch einen solchen Bericht die Insolvenz des Schuldners hinlänglich constatirt sei, da die momentane Unmöglichkeit zu erfüllen, keineswegs ausschließt, daß bei Einleitung eines eigentlichen Executionsverfahrens ganze oder theilweise Erfüllung von Seite des Schuldners erfolge. Wenn der Kläger wenigstens andeutungsweise darauf hingewiesen hat, daß die Befugniß, den Bürgen jetzt schon ins Recht zu fassen, auch aus dem Schlußsatz von Art. 493 Abs. 1 hergeleitet werden könnte, so steht dieser Auffassung der Wortlaut der betreffenden Gesetzesbestimmung im Weg, welcher klar und deutlich auf den Fall hinweist, wo der Hauptschuldner erst nach Eingehung der Bürgschaft sich aus der Schweiz entfernt hat, also hier „nicht *mehr*“ betrieben werden kann, nicht aber auch die dort statuirte Ausnahme da eintreten läßt, wo der Hauptschuldner, wie hier, von Anfang an im Auslande wohnhaft gewesen war. (29. März 1887.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Mai 1887. VI. Band. № 9.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Bezirksgerichtes Zürich
vom 23. März 1887
in Sachen
der Firma *Hauser & Sobotka*, Getreidehandlung, Bahnhofstraße-Zürich, Kläger,
und
der Firma *L. Brettauer & Cie.* in St. Gallen, Litisdenunciatin der Klägerin,
gegen
Gebrüder (Carl & Gustav) Löwenberg, Getreidehändler. Seidengasse Nr. 9 in Zürich, Beklagte,
betreffend Forderung aus Delikt. (Art. 50 u. folgd. des O.-R.)

Verantwortlichkeit des Gläubigers eines insolventen Schuldners für den Schaden, den er dritten Personen dadurch zufügt, daß er jenen, obgleich dessen Insolvenz kennend, veranlaßt, bei den letztern Waaren auf Credit zu beziehen und solche ihm als Deckung zu überlassen.

Streitfrage:

Sind die Beklagten verpflichtet, der Klägerin 11,253 Fr. 75 sammt Zins à 6 % seit dem 10. März 1887 zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Die klägerische Firma mit Stammhaus in Stadtbau bei Wien und Zweigniederlaßung in Zürich erhielt hier unterm 5. Dezember 1886 eine vom gleichen Tage datirte Postkarte des Müller Nikolaus Häfliger in Koblenz (Ct. Aargau) lautend:

„Bin eventuell Käufer von prima Theiss-Weizen, bitte Muster einsenden zu wollen nebst äußerstem Preis.“

Am 6. Dezember 1886 kam bei Häfliger in Koblenz zwischen ihm und einem Angestellten des klägerischen Hauses ein Kaufgeschäft zu Stande, dessen mündlichen Abschluß die Kläger noch am gleichen Tage schriftlich bestätigten. Das betreffende Schreiben lautet:

„Wir verkauften Ihnen heute laut übergebenem Muster 500 S. Kurtioz Theiss à 22 Fr. 75 per 100 Kilo paritant Bahn Romanshorn, Werth 60 Tage. Ihrem Wunsche entsprechend lassen wir einen Waggon prompt abrollen, während Sie über die andern 4 Waggons im Laufe dieses Monats disponiren wollen.“ Am folgenden Tage (7. Dezember 1886) schrieb Häfliger an die Kläger; „Auf Ihr Geehrtes von heute theile Ihnen mit, daß Sie mir die restirenden 4 Waggons Weizen in Lindau zur Verfügung stellen können und mir die Lagernummero aufgeben. Die Factur und den Wechsel können Sie jetzt schon einsenden, aber gegen 3 Monat, was von jeher

mein Gebrauch ist. Ich hoffe, daß die Weizen vollständig musterconform sind und so kräftig wie Ihr Herr Reisender mir mitgetheilt hat.“

Der Anweisungen des Häfliger Folge leistend, wiesen die Kläger die Schramen-Verwaltung in Lindau an:

a. unterm 6. Dezember den Waggon No. 2166 an Häfliger nach Koblenz abzusenden;

b. unterm 7. Dezember die Waggons No. 2161, 2159, 2162 und 2165 auf Häfliger zu übertragen und zu dessen Verfügung zu stellen.

Am 7. Dezember stellten die Kläger dem Häfliger Faktur über den nach Koblenz instradirten Waggon Nr. 2166 (Betrag Frcs. 2275. 20) und fügten bei:

„Als Gegenwerth dieser Faktura wollen Sie uns gefälligst beifolgende, gleich hohe Tratte per 7. März 1887 mit Ihrem werthen Accepte versehen, retourniren.“

Die erwähnte Tratte wurde von Häfliger den Klägern nicht retournirt, dagegen langte der Waggon unterm 12. Dezember richtig in Koblenz an.

Am 10. Dezember übersandten die Kläger dem Häfliger Factur über die restirenden 4 Waggons im Belaufe von Fr. 8978. 55 Cts., wiederum unter Beilage einer Drei-Monats-Tratte. Auch diese Tratte wurde von Häfliger nicht wieder eingesandt.

Schon vor Erhalt der letztern Faktur hatte Häfliger mit Schreiben vom 7. Dezember 1886 die Schramen-Verwaltung in Lindau dahin instruirt: „Die Herren Hauser und Sobotka in Zürich werden bei Ihnen 4 Waggons Weizen, circa 400 Doppelzentner, zur Verfügung stellen, welche Sie gefälligst den Herren Gebrüder Löwenberg in Zürich überweisen wollen, aber so, daß die Affichen auf meinen Namen lauten.“

Von den Beklagten wurden die 4 Waggons und zwar am 10. Dezember 1886 weiter an die Firma L. Brettauer & Comp. in St. Gallen überwiesen.

Anstatt der acceptirten Tratten erhielten die Kläger von Häfliger unterm 23. Dezember 1886 ein Schreiben des Inhalts: „Den Betrag Ihrer Faktura werde so bald als thunlich in Baar ordnen.“

B. Mit Datum vom 2. Januar 1887 ging bei den Klägern in den ersten Tagen des laufenden Jahres ein Circular eines gewissen Rechtsagenten Probst, Bevollmächtigten des Häfliger, ein, worin den Gläubigern eröffnet wurde, daß die Bilanz desselben auf 31. Dezember 1886 eine Ueberschuldung von Frcs. 109,789. — ergeben habe und daß auf Grund dieses Status den Kreditoren ein Accomodement zu 20 % Baar offerirt werde. Dabei wurde ausgeführt, daß die Accomodementssumme vom Schwiegervater Häfliger werde bestritten werden und daß bei Nichtannahme des Accomodements für die Kläger als laufende Gläubiger der Verlust ihrer ganzen Forderung in sicherer Aussicht stehe.

Am 13. Januar 1887 fand in Zürich eine Kreditoren-Versammlung statt, an der sich indessen die Kläger nicht betheiligten. An dieser Versammlung sowie in besonderem Circular vom 16. Januar offerirte der Vertreter des Häfliger den Kreditoren 30 % Abfindungssumme. Die Kläger giengen auch auf diese erhöhte Offerte nicht ein; — das Accomodement scheint definitiv gescheitert, gleichwohl aber bis zur Stunde der Geldstag über Häfliger noch nicht hereingebrochen zu sein.

C. Zur Begründung des Klage-Petitums wurde vom Vertreter der *Kläger* außer den bereits sub Fakt. A. und B. erwähnten thatsächlichen Vorkommnissen, im Wesentlichen angeführt:

Zur Zeit, als sich Häfliger bei den Klägern vermittelst der Postkarte vom 5. Dezember 1886 als Kaufliebhaber gemeldet habe, seien die Beklagten seine größten Gläubiger, — mit einer ungedeckten Summe von Fr. 32,000 bis 33,000 gewesen. Heute betrage das Guthaben der Beklagten an Häfliger, trotzdem Baarzahlungen nie erfolgt seien, nur noch circa Frcs. 14,000. Am 5. Dezember 1886 sei Karl Löwenberg bei Häfliger in Koblenz gewesen und zwar, da letzterer nicht mehr aus eigenen Mitteln bezahlt habe, lediglich wegen der Weizenbezüge von den Klägern und deren Schicksalsgenossen Schappringer und Weil. Wie aus der Correspondenz des Häfliger mit den Beklagten hervorgehe, hätten diese Anfangs Dezember 1886 eine

Reihe schon verfallener und vom Schuldner Häfliger nicht, dagegen von ihnen für Rechnung des Schuldners eingelöste und protestirte Accepte auf Häfliger im Betrage von Fr. 10,608. 50 Cts. besessen. Ueberhaupt sei Häfliger damals den Beklagten gegenüber in erheblichem Zahlungsrückstande gewesen. Die Beklagten hätten die materielle Insolvenz und die stetige Nothlage ihres Schuldners Ende November und Anfangs Dezember theils aus dem vielfachen brieflichen Verkehr, theils aus zahlreichen mündlichen Unterredungen sehr genau und im Detail gekannt. Im Briefe vom 12. Dezember des Carl Löwenberg an Häfliger heiße es: „Jede Stunde ist für Ihren Kredit kostbar." Die Beklagten hätten gewußt, daß eine Forderung auf Häfliger werthlos sei und daß die Aargauische Kantonalbank den Schuldner beständig dränge. — Bei dieser Sachlage und in deren vollem Bewußtsein hätten die Beklagten nun den Häfliger angestiftet, bei den Klägern den dargelegten Waaren-Kredit zu suchen, um sich auf Kosten und zum Nachtheil der Kläger aus den an denselben gelieferten Waaren zu bereichern und zu decken, sie seien die intellectuellen und speziellen Urheber des von Häfliger an den Klägern verübten fraudulösen Manövers, wie sie denn überhaupt die ökonomischen Berather des Häfliger gewesen seien. Vor Allem komme nun aber die Selbstdenunciation des Schuldners Häfliger in Betracht, welche unterm 9. Januar 1887 abgegeben worden sei und also laute:

„Ich bekunde hiemit:

a. Karl Löwenberg von der Firma Gebrüder Löwenberg in Zürich rieth mir, unter dem Vorgeben, Belehnungen kommen bei den größten Firmen vor, von andern Häusern Weizen zu beziehen; — es geschah das zu einer Zeit, wo ich wegen Zahlung seiner Wechsel in Verlegenheit war. Diesen Weizen soll ich ihm wieder liefern, wogegen er meine fälligen Wechsel zahlen wolle, bis ich das wieder aus dem Kredite sub C. zahlen könne.

b. Als solche Häuser, von denen ich Weizen beziehen soll, nannte er mir unter Anderem: Franz Xaver Heilig in Konstanz, Karl Oeler in Zürich, Schappringer und Weil in Zürich, Hauser und Sobotka in Zürich.

c. Er versprach mir, Jakob Weimer in Mannheim zu zahlen, für einen Kredit bei L. Brettauer & Comp. in St. Gallen, für Fr. 30,000 zu sorgen und mir den Weizen zum Ankaufspreise zu liefern, so daß ich weiter handeln und existiren könne.

d. In Folge dessen sandte ich ihm:

1. Zwei mir von Schappringer und Weil in Zürich gelieferte Waggons Weizen, die von der Bahnstation Coblenz ans Lagerhaus Aarau zur Verfügung Gebrüder Löwenbergs giengen. Die Säcke dieser zwei Waggons schickte mir Löwenberg bald von Aarau hieher retour. Einen von Hauser und Sobotka nach Coblenz gelieferten Waggon Weizen wollte Löwenberg absolut auch haben und versprach mir andern dafür.

2. Ein Waggon Weizen in Buchs wurde von mir ihm überschrieben. Bezogen von Schappringer und Weil.

3. Ein Waggon Weizen in Romanshorn wurde von mir ihm überschrieben. Bezogen von Schappringer und Weil.

4. Vier Waggons Weizen in Lindau wurden von mir ihm überschrieben. Bezogen von Hauser und Sobotka.

e. In der Zeit vom 5.—8. Dezember 1886 telegraphirte mir Löwenberg, ich solle unbedingt bei Heilig in Constanz vier Waggons Weizen bestellen, was aber nicht geschah.

(sig.) Häfliger." (beglaubigt.)

Das Verhältniß zu Brettauer in St. Gallen, der ein Verwandter des einen Beklagten sei, und die arglistige Vorspiegelung, es werde für Häfliger ein Kredit von 30,000 Fr. ermöglicht werden, all' das sei geeignet gewesen, den Schuldner zu täuschen. Ernstliche Schritte zur Erlangung eines Kredites bei Brettauer seien nie gethan worden. So sei es begreiflich, daß Häfliger, der Andere hintergangen und selbst hintergangen worden, den Beklagten bittere Vorwürfe gemacht habe. Von besonderer Bedeutung sei ferner die auf den 5. Dezember 1886, den berüchtigten Sonntag, unmittelbar nach stattgehabtem Besuch des Karl Löwenberg bei Häfliger entfallende, versuchte aber nicht gelungene telegraphische Anstiftung zu einem Geschäfte mit

Heilig. Die betreffende Depesche sei absichtlich von den Beklagten nicht unterzeichnet worden. Aus dem Briefe der Beklagten vom 18. Dezember gehe deutlich hervor, daß die Verabredung dahin gegangen sei, die Firmen Hauser und Sobotka, Schappringer und Weil, Hirsch und Söhne in Mannheim und Heilig in Constanz für 11 Waggons zu beschwindeln. Beachtenswerth sei nun weiter, daß die Beklagten, trotz ihres gegentheiligen feierlichen Versprechens, nur ihre eigenen Wechsel und keine solchen dritter Gläubiger eingelöst hätten; ja es seien sogar die aus den ertrogenen Mitteln des Schuldners eingelösten Wechsel theilweise von den Beklagten zurückbehalten und nicht ausgeliefert worden. — Auffallen müsse auch, daß der bedrängte Müller den zum eigenen Geschäfts-Betrieb höchst benöthigten Weizen dem Getreidehändler verkauft habe. Aehnlich wie die Kläger habe der Vertreter der Firma Hirsch und Söhne in Mannheim, Joseph Modern, von Häfliger eine Bestellkarte erhalten. Nachdem dieser Modern unterm 7. und 8. Dezember 1886 dem Häfliger 7 Waggons Weizen verkauft, habe Häfliger sofortige Ueberweisung der Waare in Lindau verlangt. Dieß sei indessen dem Modern verdächtig vorgekommen und er habe dem Häfliger persönlich erklärt, er liefere nun die 7 Waggons Weizen gar nicht mehr, da er inzwischen vernommen, daß auf ihn (den Häfliger) protestirte Wechsel liefen. Wenige Tage nachher sei dann Löwenberg bei Modern gewesen, habe demselben Informationen über Häfliger gebracht und gebeten, die 7 Waggons doch zu liefern, da aus den Informationen hervorgehe, daß Häfliger zweifellos gut sei. Später sei Löwenberg sogar noch einmal bei Modern erschienen und habe denselben ersucht, Zeuge dafür zu sein, daß Häfliger gut stehe. Am 20. Januar l. J. solle Häfliger dem Modern in Zürich mitgetheilt haben, Löwenberg habe ihm gesagt, Müller Hauser in Töß habe es auch so gemacht, wie er — Häfliger — und nicht mit 30 bis 50 Tausend, sondern mit 100 Tausend und Hauser habe dabei 40,000 Fr. verdient. Endlich werde noch betont, daß laut der Correspondenz die Beklagten eigene versprochene Weizenlieferungen an Häfliger schießlich unter lügenhaften Vorgaben, wie zum Beispiel der niedere Wasserstand gestatte den Transport nicht, abzulehnen verstanden hätten. Ueberall werde der Beweis für die faktische Darstellung angetragen.

In *rechtlicher Beziehung* sei zu bemerken: Gegenwärtige Streitsache falle in die Competenz des Bezirksgerichtes, weil es sich um eine Deliktsklage handle. (Zu vergleichen: Die Urtheile des Handels- und Kassationsgerichtes in Sachen Gujer ca. Fridolin Schuler-Schmid.)

Die Klage sei eine Deliktsklage, gerichtet auf Ersatz des den Klägern durch die Beklagten, sei es aus Absicht, sei es aus Fahrläßigkeit widerrechtlich zugefügten Schadens (Art. 50 u. folg. des Obligationenrechtes). Der dolus beziehungsweise die culpa, aus der geklagt werde, sei sowohl der eigene dolus, die eigene culpa der Beklagten, als die Theilnahme an dem dolus und der culpa des Häfliger respektive an dessen Verbrechen und Deliktshandlungen. — Der erlittene Schaden bestehe in dem gänzlichen Verlust ihrer Kaufpreisforderung, eventuell in dem Verluste von mindestens 80 oder 70 % derselben nebst Zins und Kosten laut dem Circular und der nachträglichen Offerte des F. N. Probst. Uebrigens ständen die Kläger nicht an, gegen volle Einlösung ihres Guthabens nebst Zins den Beklagten alle ihre Forderungsrechte an den Schuldner Häfliger abzutreten (Art. 185 des O.-R.). In dieser Richtung sei zum Zwecke der Wahrung aller Rechte bereits eine Anzeige an die Gegenpartei ergangen. Der subjektive eigene dolus respektive die culpa der Beklagten und die Theilnahme derselben an dem dolus des Häfliger sei bewiesen, eventuell werde weiterer Beweis anerboten. Die Beklagten seien die Anstifter des Häfliger zu den an den Klägern verübten fraudulösen und schädigenden Handlungen. Weiterhin hätten sie daran dadurch Theil genommen, daß sie als Gehülfen und Begünstiger die Früchte jener verbrecherischen und deliktischen Handlungen des Häfliger wissentlich für sich eingeheimst hätten. Der zugefügte Schaden sei ein widerrechtlicher. Alle Deckungs-Handlungen eines Gläubigers seien nämlich dann widerrechtlich, wenn sie nicht red-

lich und in gutem Glauben geschähen, wenn der Gläubiger Dispositionen herbeiführe, von denen er wiße, daß sie zum Schaden anderer ausschlagen. Wenn die Beklagten auch Anspruch gehabt hätten, vom Schuldner bezahlt zu werden, so hätten sie doch einen solchen Anspruch, aus dem Vermögen der Kläger befriedigt zu werden, natürlich nicht besessen. Wenn sie dennoch auf diese Art ihre Befriedigung gesucht und zu finden beabsichtigt, so sei ihre Absicht in der That auf einen rechtswidrigen Vortheil gerichtet gewesen (zu vergleichen: ein Rechtsgutachten von Professor Dr. Schneider, Act 7, Seite 33—35.) Der zugefügte Schaden sei aber auch darum ein widerrechtlicher, weil die Schadenszufügung durch Theilnahme an dem Betruge des Häfliger bewerkstelligt worden. Der Causalzusammenhang zwischen dem dolus (culpa) der Beklagten und jenem Schaden sei hergestellt. Letzterer (der Schaden) sei entstanden durch den Einkauf des Weizens seitens des Häfliger und zu diesem Ankauf sei Häfliger durch die Beklagten verführt und beredet, eventuell dabei unterstützt und begünstigt worden. Die Wirkung der Klage bestehe in dem von den Beklagten zu leistenden vollen Interesse und dieses stimme überein mit den verschiedenen Faktura-Beträgen sammt Zins.

In rechtlicher Beziehung werde schließlich noch auf die beiden, zu den Akten gelegten Rechtsgutachten der Professoren Schneider und Endemann über einen analogen Rechthandel verwiesen.

Formell werde bemerkt, daß sich die Klage richte sowohl gegen die Gebrüder Löwenberg als eingetragene Handelsgesellschaft, als gegen die Gebrüder Carl und Gustav Löwenberg persönlich und in ihrer Eigenschaft als Antheilhaber und Vertreter der Gesellschaft, deren solidare Condemnation auf Grund von Art. 60 des O.-R. beantragt werde.

D. Die *Beklagten* ließen Verwerfung der Klage im ganzen Umfange — eventuell, für den Fall grundsätzlicher Gutheißung der Klage, Verurtheilung zum Ersatz nicht von Fr. 11,253. 75 Cts., sondern im Maximum bloß von Fr. 8850. — sammt Zins zu 5 % vom Tage der Weisung an, beantragen und ausführen.

Für den Fall einer Verurtheilung sei es richtig, wenn die Kläger als Firmeninhaber und tenente Private mit der Clausel solidarisch unter Bezugnahme auf Art. 60 des O.-R. haftbar erklärt würden.

In faktischer Beziehung sei nicht zu bestreiten, daß der Klägerschaft unterm 5. Dezember 1886 eine Correspondenzkarte des Häfliger übermittelt worden und daß Karl Löwenberg am gleichen Tage bei Häfliger in Coblenz einen Besuch gemacht habe, dagegen werde in Abrede gestellt, daß Löwenberg damals irgend etwas auf den vorliegenden Streitfall Bezügliches mit Häfliger verhandelt habe. Der Besuch habe seinen Grund darin gehabt, daß die Beklagten einen protestirten Wechsel auf Häfliger bekommen und sich hätten erkundigen wollen, wie dieß bei ihrem Schuldner möglich sei. — Ueber den Gang des Geschäftes zwischen den Klägern und Häfliger seien die Beklagten nicht informirt, sie hätten in dieser Beziehung, mangels Veranlaßung, keinerlei Wahrnehmungen gemacht. — Wenn an sich die Thatsache zugegeben werden müsse, daß Anfangs Januar 1887 von Probst Namens des Häfliger an dessen Gläubiger ein Circular erlassen worden sei, so könne doch der Inhalt dieses Circulars keineswegs als richtig anerkannt werden. Daß Häfliger wirklich insolvent sei, werde bestritten, und schon dadurch widerlegt, daß es bisher nicht gelungen sei, den Betreffenden in den Konkurs zu bringen. Aber auch wenn, wie die Kläger behaupteten, Häfliger insolvent wäre, sei diese Insolvenz keineswegs längst faktisch vorhanden und irgend Jemand auch nur auf dem Ahnungswege bekannt gewesen. Auch den Beklagten habe es an jeder bezüglichen Wissenschaft durchaus gefehlt. — Wie die Kreditorenversammlung in Zürich, seien auch die weiteren Bemühungen des Probst für Häfliger ohne Erfolg geblieben. Anstatt sich an Häfliger zu halten, hätten es nun die Kläger auf einmal für gut gefunden, sich an die Beklagten zu wenden — ohne indessen hiefür einen durchschlagenden Rechtsgrund zu haben. — Mit Bezug auf das Schicksal der streitigen Getreide-Waggons sei nun zu beachten: Nach der eigenen Darstellung der Kläger sei ein Waggon nicht an die Be-

klagten, sondern wahrscheinlich an den Vater des Häfliger überwiesen worden, komme also hier nicht in Betracht. Die übrigen vier Waggons seien allerdings an die Beklagten übergegangen und von diesen nach Bedürfniß weiter verwendet worden. Unrichtig sei die gegnerische Darstellung, als ob die Ueberweisung der Waggons an das Haus Brettauer mit besonderer Schnelligkeit und in verdächtiger Weise erfolgt wäre. Es sei dabei Alles nach kaufmännischem Usus gegangen. Die ganze Begebenheit, welche den Gegenstand dieses Prozesses bilde, erkläre sich ohne Weiteres, wenn die geschäftlichen Beziehungen zwischen Häfliger und den Beklagten ins Auge gefaßt würden. In den Jahren 1885 und 1886 und auch schon früher habe die beklagtische Firma und deren Vorgängerin (Löwenberg und Stern) mit Häfliger einen regen Verkehr unterhalten. In die Solvabilität des Letztern habe man gestützt auf durchaus günstige Informationen stets das beste Vertrauen gehabt; außer in Geschäften im Kornhandel seien mit demselben auch Verbindungen durch Hingabe von Baarvorschüssen angeknüpft worden. Noch im Oktober 1886 habe Häfliger von den Beklagten einen Vorschuß von Fr. 2000 erhalten, Beweis genug dafür, daß man keine Ahnung von einem etwaigen Grund zu Mißtrauen gehabt. Als im Mai 1886 ein Geschäftsfreund den Beklagten geschrieben, daß Häfliger einen Wechsel habe protestiren lassen, sei dieses Benehmen des Häfliger, den man nie für einen Kaufmann, sondern für einen großen reichen Landmüller gehalten habe, nicht als etwas Außerordentliches, sondern als Vergeßlichkeit oder Versehen taxirt worden. In der That sei denn auch jener Wechsel bald nachher korrekt bezahlt worden und es hätten die Beklagten nicht gezögert, dem Häfliger im Laufe desselben Monats einen neuen Baarvorschuß zu machen. Getreidelieferungen seien noch am 24. und 26. November 1886 wirklich an Häfliger effektuirt worden. Bis zum Eingange des Probst'schen Circulars habe daher ein Mißtrauen gegenüber dem Häfliger nicht bestanden. Nach Ablieferung der letzten Getreidesendungen sei am 28. November 1886 ein Accept im Betrage von Fr. 4081, domicilirt bei der aargauischen Credit-Anstalt in Aarau, fällig geworden. Dieses Accept sei protestirt in die Hände der Beklagten zurück gekommen. Deßhalb habe Karl Löwenberg am 4. Dezember von Häfliger Bezahlung oder Deckung verlangt und sich einen Status geben lassen. Die Bilanz des Häfliger habe am 5. Dezember einen Aktiven-Ueberschuß von Fr. 20,000 erzeigt. Gleichwohl habe Häfliger wegen größerer Ausstände — im Betrage von 14,000 Fr. — momentan nicht zahlen zu können erklärt und auf Prolongation der Accepte gedrungen. Auf diesen Vorschlag hätten indessen die Beklagten nicht eintreten können, da es ihnen bei aller Anerkennung der Solvabilität Häfligers, nicht möglich gewesen, ihrem Geschäfte eine Summe von Fr. 30,000 auf unbestimmte Zeit zu entziehen. So sei auf Baarzahlung oder Waarendeckung hingearbeitet worden; begreiflich erscheine es, wenn die Beklagten dem Häfliger, dem es nicht habe gleichgültig sein können, sich dem hohen Rechtstriebe auszusetzen, erklärt hätten, er solle eben Deckung nehmen, wo er sie bekomme. Zunächst habe nun der Häfliger Weizen, den er ihm Besitze gehabt, als Faustpfand offerirt, allein die Beklagten hätten volle Deckung ihrer Forderung verlangen müssen und verlangt. Diese Deckung sei nur möglich gewesen durch käufliche Ueberlassung von Waaren an die Beklagten. Ein anderer Grund habe zudem die Beklagten zu dieser Art des Vorgehens bestimmt. Für Häfliger hätten sie nämlich in dessen Interesse beim Bankhause Brettauer in St. Gallen die Eröffnung eines Credites bis auf die Höhe von 30,000 Frcs. zu verlangen gesucht. Damit nicht bei diesem Bankhause durch das Erscheinen eines protestirten Acceptes Argwohn begründet und der Kredit Häfligers untergraben werde, hätten die Beklagten den Schuldner Häfliger energisch drängen und auf die bereits besprochene Deckung hinarbeiten müssen. Wenn die Beklagten bei ihren Bemühungen um Kredit- und Bürgenbeschaffung für Häfliger auch selbst ein gewisses, eigenes ökonomisches Interesse gezeigt hätten, so sei dieß angesichts ihrer bedeutenden Forderungen an Häfliger zu jener Zeit sehr wohl begreiflich.

— Wenn die Gegenpartei auf das schriftliche Zeugniß des Häfliger abgestellt habe, so werde hiegegen der Beweis anerboten, daß dieses Zeugniß zum Theil auf Unwahrheit beruhe. Es möge zwar sein, daß sich Häfliger durch die Wünsche der Beklagten veranlaßt gesehen habe, bei verschiedenen Firmen die Anfrage zu stellen, ob sie Verkäufer von der und der Waare seien, daß aber Häfliger dieß gewissermaßen auf Anstiftung der Beklagten gethan, das sei unrichtig. Im Gegentheil habe Häfliger die Beklagten hintergangen und ihnen unter Anderm verheimlicht, daß er in der kritischen Zeit von einem gewissen Schneider Fr. 13,000 für Waaren baar erhalten habe. Bei der beständigen Behauptung Häfliger's, er sei solvent und er werde eben bis auf ein gewisses Ziel kaufen müssen, sei es den Beklagten nicht zu verargen, daß sie die Getreide-Waggons angenommen hätten. Uebrigens könne auf das Zeugniß Häfligers nicht viel ankommen, da es auf ziemlich gewaltsame Weise und im Hinblick auf diesen Prozeß zu Stande gekommen sein dürfte. Zu den einzelnen Theilen des Häfliger'schen Attestes werde bemerkt:

ad. a. Niemals sei zwischen den Beklagten davon die Rede gewesen, daß man Waaren belehnen wolle.

ad. b. Häfliger habe erklärt, daß er diese Combinationen wegen der Qualität des von ihm zu produzirenden Mehles mache.

ad. c. Es sei durchaus unrichtig, daß ein Versprechen der Uebernahme einer Schuld aus Mitteln der Beklagten ausbedungen worden und daß zum Voraus versprochen worden sei, für einen Kredit zu sorgen.

ad. Als Karl Löwenberg bei Häfliger gewesen, habe dieser davon gesprochen, daß ihm von Heilig 400 Säcke zu $20^1/_4$ offerirt seien; Löwenberg sei daher im Glauben gewesen, die Offerte bestehe bereits. Da die Beklagten gesehen hätten, daß die Offerte eine günstige sei, sei zur Acceptirung derselben telegraphisch angerathen worden. Nachher habe sich dann herausgestellt, daß nicht 400 sondern bloß 200 Sack offerirt gewesen seien.

Was die von den Beklagten versprochene Lieferung von Mannheimer Weizen angehe, so sei aus Act 81 zu entnehmen, daß wegen der Stockung der Rhein-Schifffahrt nicht habe geliefert werden können. Restritten werde, daß Modern für die Firma Hirsch bei Häfliger gewesen sei und daß Beklagte den Modern aufgesucht hätten, um ihn zum Verkaufe zu bewegen. Noch sei zu bemerken, daß Häfliger keinerlei Bücher geführt habe und führe.

In allen Richtungen werde Beweis anerboten und vorbehalten.

Rechtlich komme zunächst in Betracht, daß die Kläger gegen Häfliger weder civil- noch strafrechtliche Schritte gethan hätten. Daher entstehe vorerst die Frage, ob nicht die Klage zur Zeit abzuweisen sei. Die Kläger seien mit den Beklagten in keiner Verbindung gestanden und Letztere hätten sich in die Vermögens-Verhältnisse der Klägerschaft in keiner Weise eingemischt. So lange nicht feststehe, daß die Kläger sich nicht an Häfliger halten könnten, seien dieselben mit jeder Klage gegen einen Dritten auszuschließen. Unzweifelhaft existire ein civilrechtliches Verhältniß zwischen Häfliger und der Klägerschaft. Wenn aber dieser Standpunkt nicht als haltbar erfunden werden sollte, dann komme in Frage, ob nicht Voraussetzung der Begründetheit der Klage sei, daß diejenige Persönlichkeit, die direkt gehandelt habe, erst strafrechtlich belangt werde. Es sei nämlich eine singuläre Erscheinung, daß man dritte Personen, in deren Besitz verkaufte Waaren gelangt seien, belange, ehe und bevor durch die Belangung der direkten Contrahenten — des Käufers — die nothwendige Basis geschaffen worden. Auch für den Civilprozeß sei der Standpunkt wichtig, daß Niemand einen Anstifter bestrafen könne, ohne dasselbe mit dem Thäter zu thun. Dann könne sich fragen, ob sich nicht der Art. 50 des Obligationenrechtes auf die Fahrläßigkeit in contraktlichen Verhältnissen beschänke. Dieß folge zum Beispiele aus der Thatsache, daß in Hafner's Commentar bei Art. 50 die Art. 110 und 113 in Anzug gebracht seien. Jedenfalls sei der Begriff der Fahrläßigkeit in möglichst engem Sinne zu interpretiren. Was die Vertheilung der Beweislast anbetreffe, so gehöre zur Begründung der Klage

der Nachweis eines Schadens und derjenige der Absicht oder der Fahrläßigkeit. Die Klägerschaft habe nun diesen Nachweis einfach als erbracht hingestellt, während hievon nach den vorhergehenden Ausführungen der Beklagten keine Rede sein könne. Ausschlaggebend seien die Beziehungen der Beklagten zu Häfliger, dessen Vermögens-Verhältnisse bis 1887 und die einzelnen Momente beim Ankaufe des Weizens. — Wenn sodann die Klagepartei davon ausgehe, es sei von den Beklagten der Werth sämmtlicher Wagenladungen zu ersetzen, also auch derjenigen, welche zugestandenermaßen den Beklagten gar nicht zugekommen, so könnte dieß nur dann als richtig anerkannt werden, wenn eine strafrechtliche Schuld vorläge; der Art. 50 des Obligationenrechtes könne aber offenbar nur den Standpunkt der Bereicherung einnehmen.

E. *Replicando* wurde geltend gemacht: Es werde keine Anfechtungsklage gegenüber den Beklagten, wie solche im deutschen Rechte sich ausgebildet habe, angestellt; es handle sich vielmehr einfach um eine actio doli oder actio culpae, deren Zuläßigkeit aus den dargestellten Verhältnissen, dem Verschulden der Gegenpartei und ihrer Theilnahme am Verschulden des Häfliger folge. Auffallend sei es, daß nach den Angaben der Beklagten Häfliger keine Bücher geführt habe und daß die Gegenpartei mit einem solchen Geschäftsmanne Jahrelang in Verkehr gestanden. Merkwürdig sei ferner, daß sich die Beklagten, nachdem sie einen protestirten Wechsel des Häfliger in Händen gehabt, mit einem mündlichen Status begnügt hätten und in ihrem Vertrauen unerschütterlich geblieben seien. Da beginne offenbar die Gutgläubigkeit der Gegenpartei. — Unrichtig sei die Behauptung, die Insolvenz des Häfliger sei nicht bekannt gewesen, vielmehr hätten tagtäglich Gläubiger in der Mühle gesteckt, um dort ihre Zinsen zu holen. Was das Circular Probst anbetreffe, so liege es auf der Hand, daß nicht Jemand zu seinem Nachtheil und Ruin an seine Gläubiger schreiben werde, er besitze nichts. Dem eigenen Geständnisse des Häfliger in diesem Circular gegenüber könne die Vorgabe, der Mann sei solvent gewesen, keinen Stand mehr halten. Uebrigens werde der Beweis für die vollständige Insolvenz des Häfliger noch ausdrücklich anerboten. — Der gegnerischen Einrede, es hätte zuerst eine strafrechtliche Verfolgung des Häfliger, eventuell auch der Beklagten selbst stattfinden sollen, werde die replicatio doli entgegengehalten. Die früheren Beziehungen des Häfliger zu den Beklagten seien ohne Relevanz, da die Voraussetzungen der Klage auch so vorhanden seien. Gleichgültig seien die angeblich günstigen Informationen, welche den Gegnern über Häfliger zugekommen seien; entscheidend sei, was nachher geschehen. Man wisse, was es in kaufmännischen Kreisen heiße: protestirte Wechsel bekommen. Nach Empfang des protestirten Wechsels hätten die Beklagten nicht einen Augenblick mehr an die Solvenz des Häfliger glauben können. Charakterischtisch sei ferner, daß die den Beklagten von Häfliger ausgestellten Fakturen von den Gegnern selbst, das heißt von Karl Löwenberg geschrieben und von Häfliger jeweilen lediglich unterzeichnet worden seien. Dieselben (die Fakturen) seien auch so flüchtig und verkehrswidrig als möglich ausgestellt und Beweis dafür, wie jeder Augenblick kostbar gewesen. Dasselbe sei von den Ueberweisungs-Zeddeln nach Lindau zu sagen. Die angeblichen Bemühungen der Beklagten, dem Häfliger Kredit zu verschaffen, seien eitel Simulation. Die Erklärung des Häfliger sei ganz natürlich; das Geständniß möge unter dem Drucke des Gewissens erfolgt sein, was aber der Wahrheit desselben keinen Eintrag thue. Es sei absolut nicht anzunehmen, daß Häfliger allein auf den infamen Streich gekommen wäre.

Rechtlich sei noch zu betonen, daß nach Art. 185 des Obligationenrechtes die Beklagten im Falle der Gutheißung der Klage berechtigt seien, Cession der klägerischen Forderung auf Häfliger zu verlangen. Davon, daß die Kläger eine Bereicherung der Beklagten nachzuweisen hätten, könne nicht die Rede sein; es genüge vollkommen das Vorhandensein eines Schadens im Sinne des Artikel 50 leg. cit.

F. In der *Duplik* ließen die Beklagten noch vorbringen:

Der Werth der Waaren, den die Beklagten erhalten, beziffere sich auf Fr. 8850. — Ein Mehreres brauche unter keinen Umständen herausgegeben zu werden. Daß Häfliger keine Bücher führe, das hätten die Beklagten erst nachträglich erfahren. Der Status des Häfliger sei von seinem Aussteller seiner Zeit mit einer Reihe von Fakturen über kürzlich gelieferte Waaren belegt worden und habe daher Glauben verdient. — Daß einzelne Fakturen von Karl Löwenberg geschrieben worden seien, werde zugegeben, indessen komme hierauf natürlich überall nichts an. Die Gegenpartei sei nicht im Stande, irgend welche positive Handlungen namhaft zu machen, wodurch die Beklagten den Häfliger in Bezug auf Waarenbestellungen bei bestimmten Firmen berathen hätten. Jedenfalls könnten die Kläger nicht behaupten, daß sie selbst den Häfliger nicht gekannt hätten, oder der Verpflichtung überhoben gewesen seien, sich über denselben zu erkundigen. Bestritten werde, daß dem Häfliger von Seite der Beklagten das Exempel eines Müllers im Kanton Zürich, welcher noch in größeren Summen in der von der Klägerschaft behaupteten Weise gehandelt habe, zur Nachahmung vorgehalten worden sei.

Entscheidungsgründe:

1. Die Kläger stützen ihren Anspruch auf den Art. 50 des Obligationenrechtes, indem sie behaupten, durch das arglistige eventuell fahrläßige Benehmen der Beklagten oder durch die Theilnahme der Letzteren an der sie schädigenden Arglist eventuell Fahrläßigkeit eines Dritten sei ihnen ein Schaden entsprechend der Höhe der eingeklagten Summe entstanden. Es ist also lediglich die Frage zu entscheiden, ob die Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Art. 50 leg. cit. vorhanden sind, da das Quantitativ, wie unten noch zu zeigen sein wird, an sich — abgesehen von einer mehr prinzipiellen Einwendung — nicht streitig ist.

2. Damit Jemand auf Grundlage von Artikel 50 des Obligationenrechtes ersatzpflichtig erklärt werden kann, ist von Seite des klagenden Theiles der Nachweis nöthig:

a) daß dem Kläger ein Schaden zugefügt worden sei;

b) daß die Schadens-Zufügung durch den Beklagten erfolgt und eine widerrechtliche gewesen; und

c) daß dieselbe mit Absicht oder aus Fahrläßigkeit erfolgt sei, wobei — was schon hier hervorzuheben ist — auf den Grad der Fahrläßigkeit grundsätzlich (das heißt ohne Rücksicht auf die Größe des zu leistenden Ersatzes) nichts ankommt.

3. Was zunächst die Frage angeht, ob den Klägern im vorliegenden Falle überhaupt ein Schaden zugefügt worden sei, so besteht darüber kein Zweifel, daß es sich nur um einen vermögensrechtlichen Schaden, eine ökonomische Einbuße auf Seite der Kläger handeln kann. Nun haben die Beklagten behauptet, ein Schaden sei den Klägern aus ihren Beziehungen mit Häfliger überhaupt nicht erwachsen, eventuell wenigstens zur Zeit noch nicht, weil die Kläger noch gar nicht versucht hätten, den Häfliger auf Bezahlung seiner Schuld zu belangen. Von diesem letzteren Gesichtspunkte aus wird seitens der Beklagten Verwerfung der Klage zur Zeit verlangt.

Aktengemäß steht fest, daß die Kläger an den Müller Häfliger in Coblenz 5 Waggons Theiß-Weizen im Gesammtfakturawerth von Fr. 11,253. 75 Cts. verkauften und lieferten. Als Gegenwerth war ihnen Bezahlung durch Tratten auf drei Monate zugesagt. Die betreffenden Wechsel wurden zwar von den Klägern ausgestellt, von Häfliger aber weder acceptirt noch überhaupt zurückgesandt, vielmehr stellte der Schuldner Häfliger unterm 23. Dezember 1886 den Klägern brieflich Baarzahlung, sobald als thunlich in Aussicht. Diese Baarzahlung ist bis zur Stunde nicht erfolgt und es befinden sich die Kläger daher gegenwärtig in der Stellung laufender Gläubiger; sie haben keinen wechselmäßigen Anspruch auf Häfliger. Der Thatsache, daß die Kläger es bislang unterlassen haben, den Häfliger auf Bezahlung seiner Schuld rechtlich zu belangen, steht die andere gegenüber, daß Häfliger in den ersten Tagen des laufenden Jahres durch seinen Bevollmächtigten, Propst, den Klägern wie allen andern Cre-

ditoren ein Accomodement antragen ließ und für den Fall der Nicht-Annahme desselben den gänzlichen Verlust aller laufenden Forderungen in Aussicht stellte, daß aber trotzdem die Kläger diesem Accomodement nicht zustimmten. Da die Beklagten die Bevollmächtigung des Propst zu den von ihm bewerkstelligten Accomodements-Unterhandlungen nicht haben in Abrede stellen können und da sie nicht in der Lage waren, die Unrichtigkeit des im Circular vom 2. Januar 1887 enthaltenen vorläufigen Status in irgend einem Punkte nachzuweisen, wird von einer materiellen Solvenz des Häfliger im Ernste nicht gesprochen werden können. Zwar haben sich die Beklagten darauf berufen, daß es bis zur Stunde noch nicht gelungen sei, den Häfliger in Konkurs zu bringen und darum einen Schluß auf die Solvabilität Häfligers ziehen wollen, allein mit Unrecht. Bei einer so schlimmen Vermögenslage, wie sie nach dem Status vom 2. Januar a. c. bei Häfliger vorhanden zu sein scheint, liegt es auf der Hand, daß die Kreditoren mit größter Ausdauer auf dem Wege gütlicher Vereinbarung wenigstens etwas von ihren Guthaben zu retten suchen und dieses Vorgehen dem für sie mit dem Verluste aller ihrer Ansprüche gleichbedeutenden Konkurse vorziehen. Daß also Häfliger bis heute nicht in Konkurs gebracht wurde, ist nichts weniger als ein Zeichen seiner Zahlungs-Fähigkeit. — Aus den Accomodements-Anträgen des Propst ist hervorzuheben, daß davon ausgegangen und wiederholt darauf hingewiesen wird, es würden in einem Konkurse Häfligers die sämmtlichen laufenden Forderungen (6. Klasse) völlig zu Verlust kommen, indem die vorhandenen Aktiven nicht einmal hinreichten, die durch Pfänder sicher gestellten Passiven zu decken — und daß es deßhalb der Intercession von Häfligers Schwiegervater zu verdanken sei, wenn die laufenden Creditoren eine Abfindungssumme von 20 beziehungsweise 30 % ausbezahlt erhielten. Die Accomodements-Offerten waren an die ausdrückliche Bedingung geknüpft, daß sie innert gewisser Frist von den Gläubigern acceptirt würden, was thatsächlich, wie bereits oben bemerkt, nicht geschah. Das erste Circular des Propst (vom 2. Januar 1886) stellte zudem für den Fall des Scheiterns der gütlichen Verständigung den sofortigen Ausbruch des Konkurses in Aussicht. Wenn nun auch letztere Eventualität noch nicht zur Wirklichkeit geworden ist, so wird doch die thatsächliche Zahlungsunfähigkeit Häfligers als durchaus festgestellt bezeichnet werden müssen. Es ist vom Vertreter der Kläger mit Recht darauf hingewiesen worden, daß kein vernünftiger Geschäftsmann ohne die ernstesten Gründe seinen Gläubigern gegenüber sich außer Stande erklären wird, seinen Verpflichtungen nachzukommen, da ja eine solche Erklärung dem bisher genossenen Kredite sofort ein Ende macht. Dazu kommt, daß die Beklagten zugestehen müssen, selbst von Häfliger, schon Anfangs Dezember 1886 einen protestirten Wechsel erhalten und hernach sich bemüht zu haben, für ihre Forderungen Waarendeckung zu erhalten. Wäre Häfliger solvent und sicher, — die Beklagten hätten weder einen protestirten Wechsel erhalten noch sich für Deckung umsehen müssen. Es steht also gewiß fest, daß die Kläger, wenn sie den Häfliger auf dem Wege des Rechtstriebes belangen wollten, mit einem sehr großen Theile ihrer Forderung, wenn nicht mit dem Total derselben, zu Verlust kommen würden — und da es einen andern Weg, zu ihrem Gelde zu kommen, für die Kläger nicht gibt, so haben sie heute schon einen der Verlustsumme entsprechenden Schaden erlitten. Die Frage ist daher nur mehr die, ob der Umstand, daß die genaue ziffermäßige Feststellung des Schadens zur Zeit noch nicht möglich ist, die Anwendbarkeit des Art. 50 des Obligationenrechtes ausschließe, mit andern Worten, ob das Gesetz eine genaue Bezifferung des Schadens unbedingt voraussetze. Diese Frage ist indessen zu verneinen. Allerdings wird regelmäßig bei Schadensersatz-Ansprüchen, welche aus Vertrag oder aus unerlaubten Handlungen hergeleitet und welche auf das Vorhandensein eines direkten Schadens basirt werden, von dem Nachweise dieses Letzteren behufs Festsetzung der Ersatz-Summe ausgegangen werden müssen. Dagegen wäre es mit der Tendenz des Gesetzes im Widerspruch, den Geschädigten zu einem ziffermäßigen Schadens-

Nachweise anzuhalten. Daß dem so ist in allen den Fällen, wo sich der Schaden nicht als ein einfaches Rechen-Exempel darstellt, folgt indessen aus Art. 51 des Gesetzes. Aber auch da, wo der Schaden ohne Schwierigkeit nachgerechnet oder wie in concreto durch Austreibung eines Schuldners zahlenmäßig festgestellt werden könnte, sieht das Gesetz offenbar von einem Zahlen-Nachweise ab. Der Anspruch aus Art. 50 ist ein solcher aus *unerlaubter Handlungsweise des Belangten;* die Haft des Letzteren ist eine sehr weitgehende, die sich nach allgemeiner Ansicht der Rechtskundigen eben nur mit Hinblick auf den vorhandenen dolus oder die diesem gleichgestellte culpa rechtfertigen läßt. Derselbe Rechtsgrund aber, welcher zu der außergewöhnlichen Haftbarkeit des Schadensstifters führt, rechtfertigt es auch durchaus, den Geschädigten von dem ziffermäßigen Schadens-Nachweise zu entbinden. — Damit aber der aus Art. 50 Belangte, im vorliegenden Falle also die Beklagten, unter keinen Umständen dem Ansprecher mehr als dessen erlittenen Schaden zu ersetzen in die Lage kommt, kann ersterem die Forderung auf den ursprünglichen Schuldner durch gerichtliche Anordnung zugesprochen werden. Praktisch wird daher der genaue Schadens-Betrag, statt in diesem Prozesse in einem allfälligen Regreß-Verfahren der Beklagten gegen Häfliger festgestellt werden. Wie sehr gerade dieser Modus procedendi sich empfielt und wie sehr er dem Willen des strengen Gesetzgebers entspricht, mag aus dem Hinweise darauf entnommen werden, daß es nicht ins Belieben der Beklagten, welche sich einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht haben sollen, gestellt werden kann, durch Verweisung der Kläger an den Dritten Häfliger sich einstweilen der Ersatzpflicht zu entziehen, um unter Umständen bei schließlichem Obsiegen der Kläger selbst als zahlungsunfähig zu erscheinen.

4. Da nach dem Gesagten grundsätzlich als nachgewiesen zu betrachten ist, daß die Kläger in der That einen Schaden erlitten haben, kann von einer Abweisung der Klage zur Zeit nicht die Rede sein und es ist daher auf die weitere Frage einzutreten, ob der Schaden den Klägern von den Beklagten zugefügt worden und ob dieß widerrechtlicher Weise geschehen sei. Die Beantwortung dieser Frage wird indessen nur in Verbindung mit der andern möglich sein, ob das Benehmen der Beklagten ein arglistiges oder Fahrläßiges zu nennen sei; im einen wie im andern Falle handelt es sich darum, die Handlungsweise der Beklagten rechtlich zu beurtheilen.

5. Die Beklagten stellen nicht in Abrede, von Häfliger zur theilweisen Deckung ihres Guthabens an diesen unter Anderem vier Waggons Weizen, welche von den Klägern geliefert wurden, erhalten und an die Firma Brettauer in St. Gallen weiter veräußert zu haben. Eine Baarzahlung der vier von Häfliger den Beklagten überwiesenen Waggons an Ersteren fand also nicht statt. Einer der fünf von den Klägern an Häfliger verkauften Waggons wurde, trotz anfänglicher Ueberweisung an die Beklagten dem Häfliger zugestellt und von diesem nach Empfang in seinem Interesse verwendet. Daß die Beklagten die Provenienz der ihnen von Häfliger überantworteten Weizenlieferungen kannten, ist außer Zweifel, übrigens auch gar nicht in Abrede gestellt worden. Zugegeben ist ferner, daß sich die Beklagten darum, ob Häfliger diejenigen Waaren, welche ihnen zur Deckung an dritten Lagerplätzen überwiesen wurden, zahlen könne, nicht bekümmerten, zugegeben auch, daß das ganze Deckungsgeschäft auf Wunsch und dringenden Rath der Beklagten von Häfliger in's Werk gesetzt wurde. Ob dabei die Beklagten speziell noch die Adresse der Kläger an Häfliger übermittelten oder diesen die Auswahl treffen ließen, ist völlig gleichgültig. Da sich nun die Beklagten auf den Standpunkt stellen, sie hätten durch das Deckungsgeschäft lediglich ihr Recht gewahrt, dasjenige der Kläger aber nicht im Entferntesten beeinträchtigen wollen, so ist zu untersuchen, ob die Aktenlage diese Behauptung rechtfertige und bestätige. Haben die Beklagten lediglich ein ihnen zustehendes Recht ausgeübt, dann sind sie gewiß nicht schadensersatzpflichtig, weil eine widerrechtliche Handlung nicht vorliegt. Hievon kann nun aber

von vorneherein nicht die Rede sein, da die Beklagten irgend ein Recht, sich aus dem Vermögen der Kläger Deckung zu verschaffen, nicht behaupten und noch viel weniger nachweisen können. Das Recht der Beklagten wird vielmehr in concreto begrenzt durch das Recht der Kläger, letzteres darf nicht durch die Ausübung des Ersteren verletzt werden. Es ist aber auch klar, daß wenn die Beklagten arglistig oder fahrläßig gehandelt haben, von einer zuläßigen Ausübung ihres Rechtes nicht wird gesprochen werden können. Die Frage, ob die Beklagten sich doloser oder culposer Schadenszufügung schuldig gemacht haben, löst sich im vorliegenden Falle in die andere auf, ob den Beklagten zur Zeit der im Streite liegenden Getreidelieferung der Kläger an Häfliger die materielle Zahlungsunfähigkeit des Letzteren bekannt gewesen sei, denn das liegt auf der Hand, daß derjenige, welcher seinen insolventen Schuldner veranlaßt, bei einem Dritten Waaren zu beziehen und diese (unbezahlten) Waaren zu seiner Deckung in Empfang nimmt, dem Dritten, bewußt, arglistig Schaden zufügt.

Die eigenen Ausweise der Beklagten lassen darüber keinen Zweifel zu, daß der Verkehr zwischen ihnen und Häfliger mindestens seit dem Jahre 1885 ein äußerst lebhafter war und daß derselbe kaufmännische Gestalt angenommen hatte. Auffallend ist dabei sofort, daß die Beklagten sich auch als die Beschaffer von Baarmitteln für Häfliger aufthaten, ein Umstand, der ihnen von Anfang an einen tieferen Einblick in die ökonomische Situation ihres Geschäftsfreundes eröffnen mußte. Wenn trotzdem will behauptet werden, es sei immer nur auf die guten Worte des Häfliger, auf vortheilhafte Auskunft über denselben hin und in völliger Unkenntniß der eigentlichen ökonomischen Situation desselben gehandelt und kreditirt worden, so ist das aber von vornherein ganz unglaubhaft. Aber es sprechen auch — ganz abgesehen von dem schriftlichen Zeugniß Häfligers, dem der Richter eine große Bedeutung kaum wird beimessen können — bestimmte Thatsachen gegen die Richtigkeit der bezüglichen beklagtischen Darstellung. — Zunächst ist von den Beklagten selbst erklärt worden, es sei ihnen schon im Mai 1886 zu Ohren gekommen, daß Häfliger einen Wechsel habe protestiren lassen. Die Bemerkung der Beklagten, dieses Vorkommniß sei ihnen durch die Eigenschaft Häfligers als großen Landmüller, dem kaufmännische Routine abgehe, leicht erklärlich gewesen und nicht beunruhigend vorgekommen, stimmt wenig überein mit dem späteren Verhalten der Beklagten, als sie (im Dezember 1886) selbst einen protestirten Wechsel Häfligers erhielten. Ueber die Bedeutung des Protestes waren die Beklagten offenbar das erste Mal so wenig wie das zweite im Unklaren; sie hatten mindestens vom Mai an dringende Veranlaßung, der Solvabilität Häfligers ihre besondere Aufmerksamkeit zu widmeu. Daß sie auch das thaten, ergiebt sich aus der Korrespondenz mit ihrem Schuldner. Es braucht in dieser Hinsicht nur auf die unter Akt 26 zusammengehefteten Briefe der Beklagten aus dem Monat Dezember 1886 verwiesen zu werden, sowie auf die von den Beklagten produzirten Briefe Häfligers aus der Zeit vor und nach dem 5. Dezember 1886. Aus dieser Korrespondenz ergibt sich, daß schon vor dem 5. Dezember die Beklagten häufig für Häfliger Accepte einlösen mußten und sich Häfliger offenbar in steter Geldverlegenheit befand, welche nur deßhalb nicht in formelle Zahlungs-Unfähigkeit ausartete, weil die Beklagten jeweilen intercedirten. Angesichts dieser Thatsache erscheint die Behauptung der Beklagten, es sei ihrerseits noch am 5. Dezember 1886, als Häfliger dem Karl Löwenberg seinen damaligen Status auseinandergesetzt habe, an der Solvabilität Häfligers eigentlich nicht gezweifelt und nur deßhalb auf Deckung gedrungen worden, weil für größere Ausstände ihre Mittel nicht hinreichten, als durchaus unglaubhaft. Die Ausdauer, mit welcher die Beklagten, nachdem sie bereits die Waggons der Kläger in Händen hatten, auf weitere Sicherstellung drängten, den Häfliger zu energischem Handeln und zur Reconstruktion seines Kredites aufforderten, ist sehr charakteristisch. Bezeichnend ist aber vor Allem die Art und Weise, wie sich das ganze Deckungs-Geschäft abwickelte. Am 6. Dezember 1886 erfolgte der Kaufabschluß zwischen Häfliger

und dem Vertreter der klägerischen Firma und schon am folgenden Tage, bevor nur Häfliger im Besitze der Fakturen war, wurden die gekauften Waaren den Beklagten überwiesen und auch dafür Sorge getragen, daß die klägerische Namensbezeichnung sofort von den Kaufsobjekten verschwinde. Mit dieser auffallenden Hast des Häfliger geht Hand in Hand, daß die Beklagten schon am 9. Dezember, das heißt unmittelbar nach Eingang der klägerischen Faktur bei Häfliger telegraphisch die 4 in Lindau liegenden Waggons an die Firma Brettauer und Comp. in St. Gallen überweisen ließen, ja es ist nach dem Wortlaut von Akt 103 sogar wahrscheinlich, daß sich die Beklagten direkte in Lindau nach den Lager-Nummern erkundigten, also nicht einmal abwarteten, bis Häfliger aus seiner Faktur ihnen dieselben mittheilen konnte. Sodann ist nicht ohne Bedeutung, daß das Schreiben und die Faktura, durch welche die Waggons am 8. Dezember den Beklagten von Häfliger überwiesen wurden, von Letzterem lediglich unterzeichnet, dagegen von den Beklagten selbst geschrieben sind. Das Alles bekundet eine Eile und eine Initiative der Beklagten, für welche nach einem Rechtfertigungsgrund vergeblich gesucht wird. Nur die vollständige Kenntniß der verzweifelten Vermögenslage des Häfliger konnte solches Benehmen veranlassen. Der gelungene Versuch der Beklagten, sich für ihre Forderungen an den insolventen Schuldner Häfliger aus den Mitteln Dritter, der Kläger, zu decken, ist deßhalb als ein arglistiges Handeln zu bezeichnen, welches die Beklagten zum Ersatz des ihren Prozeß-Gegnern zugefügten Schadens verpflichtet.

6. Der von den Beklagten nur schüchtern eingenommene Standpunkt, es müsse ihrer civilrechtlichen Haftbarkeit-Erkläruug zuerst eine strafrechtliche Verfolgung des Häfliger vorangehen, ist nicht haltbar. Es ist in dieser Richtung einfach auf die Gerichtspraxis, welche sich über Art. 50 des Obligationenrechts bereits gebildet hat und auf Haberstich's Handbuch Band I pag. 175 f. f. zu verweisen, sowie überhaupt auf die theoretische Unterscheidung zwischen straf- und civilrechtlichem dolus, wobei noch besonders zu betonen ist, daß die Beklagten nicht aus ihrer Theilnahme an dem dolus des Häfliger, sondern auf Grund der ihnen selbst nachgewiesenen Arglist haftbar erklärt werden.

7. Bezüglich des Quantitativs des von den Beklagten zu leistenden Schadens-Ersatzes kann es sich lediglich fragen, ob die Beklagten nur für die ihnen gewordene Bereicherung oder für den ganzen den Klägern erwachsenen Schaden haftbar zu erklären seien, — mit andern Worten ob auch der Werth des den Beklagten anerkanntermaßen nicht zugekommenen Waggons von diesen zu ersetzen sei. Es ist in letzterem Sinne zu entscheiden, denn die actio doli ist keine Bereicherungsklage, geht also nicht auf Rückerstattung, sondern auf Schadensersatz, dessen Größe vom Richter nach freiem Ermessen festgesetzt wird. Nun hat aber unzweifelhaft die Arglist der Beklagten den Häfliger überhaupt veranlaßt, Waarenbezüge bei den Klägern zu machen und diesen dadurch Schaden im eingeklagten Betrage zugefügt. Daß den Beklagten der fünfte Waggon entging, kann ihnen nicht zu Gute kommen, der Schaden bleibt für die Kläger derselbe. Auch ist keine Veranlaßung, die geforderte Schadensersatz-Summe etwa deßhalb zu reduziren, weil die Kläger es unterlassen haben, sich vor Effektuirung der Bestellung Häfliger's über den ökonomischen Zustand dieses letzteren zu informiren, denn diese Nachläßigkeit fällt gegenüber der Arglist der Beklagen nicht ins Gewicht

8. Die Kläger fordern Zins à 6 % Werth auf 10. März 1887, wohl deßhalb, weil die ursprünglich auf Häfliger ausgestellten Wechsel mit 10. März zahlbar gewesen wären. — Die Beklagten anerkannten eventuell 5 % Zinse vom Tage der Weisung an, gestehen also sogar mehr zu als die Kläger fordern. Unter diesen Umständen ist einfach die klägerische Zins-Berechnung zu acceptiren.

9. Entsprechend den Ausführungen in Erwägung 3 (am Ende) ist den zur Zahlung verpflichteten Beklagten die den Klägern an Häfliger zustehende Forderung zuzusprechen.

10. Die Parteien gehen darin einig, daß die Verurtheilung der Beklagten in doppelter Richtung zu erfolgen habe, einmal indem die

Firma „Gebrüder Löwenberg" und sodann indem die Beklagten als tenente Privat-Personen im Sinne von Art. 60 des Obligationenrechtes aufgefaßt werden.

11. Als vollständig unterligender Theil haben die Beklagten die Kosten und angemessene Prozeß-Entschädigung an die Kläger zu bezahlen.

Schluss:

1. Die Firma „Gebrüder Löwenberg" sowohl als deren Alleininhaber: Karl und Gustav Löwenberg, letztere als Solidarschuldner im Sinne von Art. 60 des Obligationenrechtes, sind verpflichtet, an die Klägerin — gegen Abtretung von deren gleich hohen Forderung an Müller Häfliger in Koblenz — Fr. 11,253. 75 Cts. sammt Zins à 6 %, Werth 10. März 1887, zu bezahlen.
2. Die Staatsgebühr wird auf Fr. 150 festgesetzt.
3. Die Beklagten haben die Kosten zu bezahlen.
4. Dieselben haben die Kläger für außergerichtliche Kosten und für Umtriebe im Ganzen mit 40 Fr. zu entschädigen.
5. Dieses Urtheil ist beiden Parteien je gegen Empfangschein schriftlich mitzutheilen.

Anmerkung. Dieses Urtheil ist von den Beklagten nicht weiter gezogen worden und daher in Rechtskraft erwachsen.

Schenkung oder Erbvertrag?

(Auszug aus einem Urtheil der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes *vom 26. April 1886* i. S. *Bodmer* ca. *Bodmer.*)

Heinrich Bodmer-Pfeninger in Zürich stellte am *3. Mai 1886,* 11 Tage vor seinem am *14. gl. Mts.* eingetretenen Tode folgende Erklärung aus:

Schenkungsurkunde:

Daß ich meiner Tochter Sophie 10,000 Fr. *für ihren Erbtheil und als Schenkung* zu Eigenthum gegeben habe, bezeugt hiemit verbindlich.

Zürich, den 3. Mai 1886.

H. Bodmer-Pfeninger.

Am *5.* Mai beglaubigte der Notar der Stadt Zürich die Aechtheit der Unterschrift des Bodmer-Pfeninger und schrieb sodann auf die Rückseite der Urkunde den nachfolgenden Text einer Erklärung der Tochter Sophie Bodmer:

„Die umstehend bemerkten, von meinem Vater mir übergebenen 10,000 Fr. erkläre ich von ihm in Werthpapieren empfangen zu haben, *womit ich mich für meinen Erbtheil an seinem dereinstigen Nachlass als ausgerichtet halte und die Schenkung bestens verdanke."*

Sophie Bodmer unterzeichnete diese Erklärung und der Notar beglaubigte ihre Unterschrift, worauf sie die Urkunde in Empfang nahm und behielt.

Die gesetzlichen Erben des Bodmer-Pfeninger waren 6 Kinder, worunter auch die Sophie Bodmer und die Kinder einer vorverstorbenen Tochter. Als es sich nun um die Feststellung und Theilung des Nachlaßes handelte, wies Sophie Bodmer den Miterben die obgenannte Urkunde vor, mit der Erklärung, daß ihr der Erblasser am 5. Mai 10 Gotthardobligationen à 1000 Fr. = 10,000 Fr. schenkungsweise übergeben habe, diese Titel somit ihr Eigenthum seien und nicht zum Nachlaß gehören.

Mit dieser Auffaßung konnten sich indeß nicht alle Miterben befreunden, ein Theil derselben lehnte sich auf und erhob gegen Sophie Bodmer Klage über die Streitfrage, ob nicht die von ihr geltend gemachte Schenkung von 10,000 Fr. als ungültig zu erklären sei. Den verschiedenen, in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung geltend gemachten Anfechtungsgründen wurde schließlich in der Schlußverhandlung noch der beigefügt, daß es sich inhaltlich um einen Erbvertrag handle, welcher zu seiner Gültigkeit der notarialischen Fertigung bedurft hätte und der daher Mangels dieser ungültig sei (§ 2116 Schlußsatz des P.-R. G.-B.). Die Beklagte (Sophie Bodmer) bestritt auch diesen Standpunkt und beharrte darauf, daß es sich einfach um eine vollzogene Schenkung unter Lebenden handle. Die 10 Gotthardobligationen seien ihr am 5. Mai unmittelbar nach Ausstellung und Beglaubigung der Annahmeerklärung vom Erblasser in Anwesenheit des Notars in Voll-

ziehung des ausgesprochenen Schenkungswillens übergeben, von ihr in Empfang genommen und von da an auch besessen worden. Falls die Schenkung in ihrem ganzen Umfange geschützt werde, begnüge sie sich mit den 10,000 Fr. und erhebe keine Ansprüche an den übrigen Nachlaß des gemeinsamen Erblassers; andernfalls aber mache sie natürlich ihr Erbrecht geltend und verlange auf dem Wege der Widerklage Feststellung der Verlassenschaft, namentlich in der Richtung genauer Fixirung der von den übrigen Erben als vorausempfangene Ausstattungen einzuwerfenden Beträge und schließlich gerichtliche Theilung der ganzen Verlassenschaft.

Die erste Instanz wies die Hauptklage ab und hatte demgemäß auf die bloß eventuell gestellte Widerklage nicht einzutreten. *Die zweite Instanz hiess dagegen die Hauptklage gut, erklärte also die von der Beklagten geltend gemachte Schenkung als ungültig und wies die Widerklage angebrachtermassen ab* und zwar

aus folgenden Gründen:

1. Die Urkunde vom 3./5. Mai 1886, auf welche die Beklagte ihre Ansprüche stützt, enthält, wie ihr Wortlaut deutlich zeigt, einen Erbauskauf, und bedarf daher, weil der Erblasser selbst der Auskäufer ist, also ein eigentlicher Erbvertrag vorliegt, nach § 2116 des P.-R. G.-B. der notarialischen Fertigung (siehe auch Ullmer, Commentar Nro. 2639.)

2. Mit Unrecht stellt die erste Instanz das Vorhandensein eines solchen Vertrags deßhalb in Abrede, weil damit kein Erbrecht für die Zukunft zugesichert werde; denn das Gesetz kennt eben, wie Bluntschli in seinem Commentar zu § 2120 auseinandersetzt, nicht nur positive, sondern auch negative Erbverträge. Durch diese letztern aber wird kein bestimmtes Erbrecht auf den Tod des Erblassers zugesichert, sondern umgekehrt auf ein solches verzichtet, meist freilich, und so auch hier, gegen eine Gegenleistung, die sog. Auskaufssumme.

3. Ebensowenig verliert der fragliche Vertrag seine rechtliche Natur als Erbauskauf dadurch, daß die Auskaufssumme in ausgesprochener Schenkungsabsicht weit höher angesetzt worden ist, als der Werth des als Aequivalent ausgesprochenen Erbverzichts beträgt. Man könnte höchstens daran denken, denselben mit Rücksicht auf die materiell mit dem Erbauskauf verbundene Schenkung in zwei Rechtsgeschäfte zu zerlegen, einen Erbauskauf einerseits und eine Schenkung anderseits. Dieß wäre aber nur dann durchführbar, wenn in der Urkunde der Betrag der Auskaufssumme oder der Schenkung genannt wäre, und es ist zudem von der Beklagten auch nicht beantragt. Wenn aber eine solche Trennung als unmöglich bezeichnet werden muß, so kann auch die Schenkung, deren formelle Voraussetzungen allerdings erfüllt sind, nicht für sich allein geschützt werden, sondern es wäre dieß nur in Verbindung mit dem Erbauskauf möglich; d. h. es bedarf das ganze komplizirte Rechtsgeschäft zu seiner Gültigkeit der formellen Voraussetzung des Erbvertrages, der notarialischen Fertigung.

4. Eine solche hat nicht stattgefunden, obschon der Notar zugezogen wurde; denn derselbe scheint sich damit begnügt zu haben, die Aechtheit der Unterschriften der Contrahenten zu beglaubigen, während die notarialische Fertigung eines Erbvertrages darin besteht, daß derselbe in das allgemeine Protokoll eingetragen wird (siehe § 14 und § 17 Ziff. 3 des Notariatsgesetzes). Somit besitzt die Urkunde vom 3. resp. 5. Mai 1886 keine rechtliche Gültigkeit und es ist daher auch das erste Rechtsbegehren der Kläger gutzuheißen.

5. Die Widerklage stellt sich als Erbtheilungsklage dar, als solche aufgefaßt, kann aber darauf in diesem Prozesse schon deßhalb nicht eingetreten werden, weil nicht sämmtliche Erben an demselben theilnehmen (siehe Entscheid der Appellationskammer des Obergerichtes vom 7. Oktober 1880.) Es rechtfertigt sich daher, die Widerklage angebrachtermaßen abzuweisen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Juni 1887. VI. Band. № 10.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 1. April 1887
in Sachen
des *Adolf Schröter*, Kaufmann in Zürich, Kläger,
gegen
Oskar Nabholz, Schweizer-Waarenkredithaus in Zürich, Beklagten,
betr. Firmaschutz und Kreditschädigung.

Zusätze zur Firma im Sinne von Art. 867 Schlußsatz des O.-R. sind als Bestandtheile derselben zu betrachten und es stellt sich demnach der unbefugte Gebrauch solcher Zusätze als unbefugter Gebrauch der Firma selbst dar und verpflichtet in Folge dessen nach Maßgabe von Art. 876 Abs. 2 des O.-R. zum Schadenersatz.

Streit über die Frage, ob mit dem Erwerb eines Handelsgeschäftes auch das Recht zum Gebrauche eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Firmazusatzes erworben worden sei etc. (Art. 874 des O.-R.)

Streitfragen:

1. Ist der Beklagte schuldig, dem Kläger für den thatsächlichen Gebrauch des Zusatzes „Nachfolger von Schröter und Ramm" zu seiner eigenen Firma „O. Nabholz, Schweiz. Waarenkredithaus" Fr. 6000, sei es als Kaufpreis, sei es als Schadensersatz, zu bezahlen?

2. Ist der Beklagte schuldig, dem Kläger Fr. 1000 als Schadensersatz wegen öffentlicher Kreditschädigung in gedruckten Anzeigen zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Seit November 1885 bestand in Zürich, Thalgasse Nr. 27, unter der Firma „Schröter und Ramm" ein sog. Abzahlungsgeschäft, d. h. ein Laden zum Kleinverkauf von Kleidern und Hausgeräthen auf Kredit und gegen ratenweise Abzahlung, jedoch unter einstweiligem Eigenthumsvorbehalt. Das Geschäft hatte eine Filiale in Basel. Inhaber waren der heutige Kläger Adolf Schröter und Fräulein Amalie Ramm. Durch Vertrag vom 18. Sept. 1886 verkauften dieselben das Geschäft an den heutigen Beklagten. Als Kaufsobjekte wurden dabei genannt: „sämmtliche Aktiven der in Zürich und Basel bis anhin betriebenen Geschäfte, also sämmtliche Waaren, das Ladenmobiliar, die vorhandenen ausstehenden Forderungen, überhaupt Alles, was sich als Aktivum der Firma darstellt." Als Gegenleistung hatte der Beklagte die Firmaschul

den zu übernehmen und weiterhin jedem der beiden Theilhaber Fr. 7000, also im ganzen Fr. 14,000 zu bezahlen. Der Kaufsantritt hatte schon am 15. Sept. stattgefunden.

B. Darüber, welche Berechnung diesem vom Beklagten zu zahlenden Saldo von Fr. 14,000 zu Grunde gelegt worden sei, herrscht Streit, namentlich ob in der Kaufsumme die Abtretung der *Firma »Schröter & Ramm«* inbegriffen gewesen sei, der Kläger verneint dies. Derselbe produzirt eine Bilanz ohne Datum, die vor dem Verkauf geschrieben wurde uud zwar von dem damals bei Schröter und Ramm angestellten Bruder des Beklagten, Rudolf Nabholz. Dieselbe zeigt einen Aktivsaldo von Fr. 13,981. 85 Rp.; dabei sind die Firmaguthaben, nach Angabe der Parteien in der Zahl von ca. 2500, im Gesammtbetrage von Fr. 63,273. 50 Rp. aufgenommen, wobei ein Betrag von Fr. 2285. 40 Rp., als 50 % des Nominalbetrages der betr. als zweifelhaft bezeichneten Guthaben eingesetzt ist; als Bénéfice auf dem Verkauf in Zürich und Basel erscheint eine Aktivpost von Fr. 4355. Am Fuße dieser Bilanz findet sich, offenbar von anderer Hand, nämlich, wie heute zugegeben wird, vom Kläger herrührend folgende Notiz: rund Fr. 13000 (nämlich der Saldo), Benefice: Schröter Fr. 6500. —, Ramm Fr. 6500. —, *Firma:* Schröter Fr. 6000. —, Ramm Fr. 6000. —. Kläger behauptet nun, diese Bilanz habe die Grundlage des Kaufes gebildet, die Summe von Fr. 13,000 sei dann auf die im Kaufvertrag bedungenen Fr. 14,000 erhöht worden, und dieser Preis habe lediglich die in der Bilanz genannten Aktiven umfaßt, welche für die Firma in der That keinen Ansatz enthalten. Bei der Kaufsunterhandlung sei ausdrücklich davon die Rede gewesen, daß eventuell für die Firma an jeden der Theilhaber noch Fr. 6000 bezahlt werden müssen, der Beklagte habe die bezügliche vom Kläger unter die Bilanz angebrachte Notiz gelesen, verstanden und nichts dagegen eingewendet, wohl aber erklärt, dieser Preis für die Firma sei ihm zu hoch, er verzichte daher auf deren Erwerbung. — Der Beklagte bestreitet diese Darstellung und führt an: Allerdings habe diese Bilanz bei der ersten Kaufsunterhandlung vorgelegen, unrichtig sei aber, daß je von einem für die Firma um Fr. 12,000 erhöhten Kaufpreis gesprochen worden sei. Jene erste Unterhandlung habe sich aber überhaupt zerschlagen, da er, der Beklagte sich geweigert habe, die Firmaguthaben mit der in der Bilanz eingestellten Summe zu übernehmen, und mit Rücksicht auf den schwierigen Incasso derselben und die Insolvenz mancher Debitoren eine neue Bilanz verlangt habe, worin jene Post reduzirt werde. Beklagter habe dann selbst eine solche angefertigt auf 15. Sept. 1886, er legt dieselbe vor. Darin erscheinen nun die Firmaguthaben lediglich im Betrage von Frcs. 60,000 und weiterhin ist auch die Post „Bénéfice auf Verkauf“ reduzirt auf Fr. 2740. Die Bilanz schließt mit einem Aktivsaldo von Fr. 6733. Die übrigen Posten der beiden Bilanzen stimmen meistens überein und zwar auch bezüglich Posten, die steter Veränderung zu unterliegen pflegen, so daß beide Rechnungen wohl vom gleichen Tage datiren müssen. Der Beklagte behauptet nun, bei Ansetzung der Kaufsumme auf Fr. 14000 habe es die Meinung gehabt, daß durch diesen höhern, obigen Aktivsaldo bedeutend übersteigenden Betrag auch die Firma bezahlt werde. Hiefür beruft derselbe sich auf Fräulein Ramm, Rud. Nabholz und Grauer, damaligen Geschäftsführer, als Zeugen, — ausdrücklich sei vom Verkauf der Firma allerdings nicht gesprochen worden, aber wenigstens habe Fräulein Ramm bemerkt, sie habe Nichts dagegen, wenn der Beklagte die alte Firma benutze.

C. Der Beklagte erklärt, gestützt hierauf, sei er im Glauben gewesen, die Firma „Schröter und Ramm“ miterworben zu haben; daß deren Abtretung im Kaufvertrage nicht ausdrücklich erwähnt worden, beruhe lediglich auf Nachlässigkeit. Unmittelbar nach Uebernahme des Geschäftes ließ er auf dem über der Ladenthüre angebrachten Aushängeschild als Firma die Worte hinmalen: „Oskar Nabholz, Schweiz. Waarenkredithaus, *Nachfolger von Schröter & Ramm*“, und das Nämliche geschah mit Bezug auf die beiden an den Ladenthüren befestigten Firmaschilde. In gleicher Weise gebrauchte dann der Beklagte jenen Zusatz zu seiner Firma in Zeitungs-

annoncen, so im „Zürcher Anzeiger" vom 23. Oktober 1886 und im „Tagblatt der Stadt Zürich" vom 20. Nov. 1886, und weiterhin in Geschäftsempfehlungskarten. Endlich wurden im Geschäfte des Beklagten auch ferner die in Händen der Kunden befindlichen auf Schröter und Ramm lautenden sog. „Kontrabücher" benutzt, in denen jenen ihre Anzahlungen an die bezogenen Waaren gut geschrieben werden.

D. Der Kläger Schröter war dadurch zum Verkauf des Geschäftes an den Beklagten veranlaßt worden, daß ein Gläubiger der Firma mit einem sehr bedeutenden Guthaben diese Abtretung verlangt hatte, mit der Eröffnung, daß er andernfalls sofortige Zahlung verlangen würde. Der Kläger, der wie von den Parteien angegeben wird, die Seele der Firma Schröter und Ramm gewesen war, verblieb nach dem Verkaufe noch einige Zeit in dem nun dem Beklagten gehörenden Geschäft als Angestellter, wie er zugibt, bis 12. Oktober, nach Angabe des Beklagten bis 15. Oktober. Der Beklagte behauptet und beruft sich dafür auf die obgenannten Zeugen, — der Kläger, sowie auch Fräulein Ramm haben ihm bei Abtretung des Geschäftes auf Ehrenwort versprochen, in Zürich kein Konkurrenzgeschäft zu errichten, ihm überhaupt keine Konkurrenz zu machen; bei seinem Austritt habe Kläger erklärt, er gehe nach Köln. — Dieser trat dann aber in ein ganz ähnliches Konkurrenzgeschäft in Zürich, welches unter dem Namen eines Robert Berg geführt wird, nach Angabe des Beklagten indeß lediglich ein Etablissement des Konkurrenzgeschäftes Horwitz ist, als Angestellter ein. Alsbald machte er für dieses neue Geschäft sehr eifrig Reklame, dabei stellte er seine Person in den Vordergrund und brachte den Umstand, daß er früher Leiter der Firma Schröter und Ramm gewesen, diese aber inzwischen eingegangen und im Handelsregister gelöscht sei, in sehr hervortretender Weise zur Kenntniß des Publikums. Eine damals herausgegebene, in großem Format als Circular oder Plakat gedruckte Ankündigung des Geschäftes Robert Berg zeigt in der Mitte ungewöhnlich groß das Porträt des Klägers, der Name des David Schröter, der sich hier „Vertreter jener Firma nennt, ist ungleich viel stärker als letztere selbst gedruckt; das Publikum wird da gebeten, das Etablissement nicht mit den sog. „Ratenzahlungsgeschäften" zu vergleichen, deren Existenzfähigkeit unbekannt und deren thatsächliche Leistungen in gar keinem Verhältnisse zu den vielfachen Versprechungen stehen! Eine ähnliche Ankündigung erschien in Zeitungen.

E. Der Beklagte versandte dann seinerseits unterm 1. Nov. 1886 ein Circular, worin er Folgendes mittheilte: Als er das Geschäft Schröter und Ramm übernommen, habe „jeder der beiden Associes ihm auf Ehrenwort versprochen, auf den Plätzen Zürich und Basel keine Konkurrenz zu machen." Da nun aber Herr Schröter in seinen Inseraten und Plakaten, um die Kunden des Beklagten irre zu führen, immer wieder den Namen des an ihn verkauften Geschäftes brauche, so zeige dieser seiner Kundschaft an, daß sämmtliche an die erloschene Firma Schröter und Ramm noch zu machenden Zahlungen an ihn, Nabholz, zu leisten seien!

F. Das in Fact. C. am Ende erwähnte Inserat des Beklagten vom 20. Novbr. 1886 veranlaßte dann den Kläger, diesem mit chargirtem Brief vom 23. gl. Mts. zu erklären, daß er den Zusatz „Nachfolger von Schröter und Ramm" seinem Personennamen in der Firma nur dann beifügen dürfe, wenn derselbe ihm die s. Z. stipulirten Fr. 6000 zahle, welche für jeden der Theilhaber angesetzt gewesen, die aber der Beklagte ausdrücklich nicht habe zahlen wollen, da er nach seinem eigenen Ausspruche die Firma nicht habe kaufen wollen; da laut dem Kaufvertrag die Firma nicht verkauft sei, so würde er den Beklagten bei Wiederholung jenes Zusatzes in den Annoncen, für obigen Betrag belangen. — Hierauf antwortete der Beklagte nicht, er unterließ jedoch von da an jenen Zusatz zu seiner Firma. Dagegen wurde dieser am Aushängeschild und an den Ladenthüren erst zur Zeit des Sühnverfahrens im gegenwärtigen Prozesse, am 18. bezw. 23. Febr. 1887 entfernt.

G. Mit der ersten Streitfrage verlangt nun der Kläger, daß der Beklagte pflichtig erklärt werde, ihm dafür Schadensersatz zu bezahlen,

daß derselbe unberechtigter Weise während einiger Zeit seiner Firma „O. Nabholz, Schweiz. Waarenkredithaus“ den Zusatz von Schröter und Ramm beigefügt habe, die bezügliche, in der Weisung auf Fr. 6000 bezifferte Forderung werde indeß auf Fr. 3000 reduzirt und eventuell auf einen durch richterliches Ermessen zu bestimmenden Betrag. Ein Schaden sei deßhalb entstanden, weil durch jene Ankündigungen das Publikum verwirrt und ein Theil der Kundsame, welcher auch fernerhin bei den gewesenen Inhabern der Firma Schröter und Ramm und namentlich ihm, als dem ehemaligen Leiter derselben habe kaufen wollen, sich nun an den Beklagten gewandt habe und dadurch dem Kläger verloren gegangen sei. Der jährliche Umsatz der Firma Schröter und Ramm habe ca. Fr. 100,000 betragen, wofür Beweis durch deren Bücher anerboten werde. — Der Beklagte nimmt dagegen in erster Linie den Standpunkt ein, er habe die Firma Schröter und Ramm gekauft und mit den Fr. 14,000 bezahlt, jedenfalls sei er der Meinung gewesen, daß es sich so verhalte, und daher guten Glaubens. Eventuell habe der Kläger auf den Anspruch, ihm jenen Zusatz zu verbieten, verzichtet, indem er, als er noch im Geschäft des Beklagten angestellt gewesen und noch später, stillschweigend zugesehen habe, als jener Zusatz in Zeitungsankündigungen, auf dem Aushängeschild und an den Ladenthüren gebraucht worden sei, Inserate jener Art seien schon unterm 13. und 15. Oktober erschienen, was indeß der Kläger bestreitet. Gegen den Aushängeschild und die Aufschriften an den Ladenthüren habe dieser aber auch am 23. Nov. nicht reklamirt, so daß er sich darüber nicht beschweren könne. — Der Beklagte erklärt indeß ausdrücklich, daß er für die Zukunft auf Führung des streitigen Zusatzes zur Firma überhaupt gänzlich verzichte.

II. Die zweite Streitfrage, womit der Kläger vom Beklagten Zahlung von Fr. 1000 und zwar als *Schadensersatz* verlangt, hat lediglich das in Fact. E. erwähnte Circular des Beklagten vom 1. Nov. 1886 zum Gegenstand. Derselbe erblickt darin einen schweren Angriff auf seine kaufmännische Ehre, die seinen Kredit untergrabe. Der Beklagte bestreitet auch hier jede Zahlungspflicht und verlangt eventuell Reduktion der Forderung auf ein Minimum. Jenem Circular, dessen Inhalt weder unwahr, noch der Ehre des Beklagten nachtheilig sei, liege auch nicht die Absicht einer Ehrverletzung zu Grunde. Zu demselben sei er vielmehr dadurch veranlaßt worden, daß seine noch im Besitz von Kontrabüchern der erloschenen Firma Schröter und Ramm befindlichen Kunden, seine Schuldner, durch die Ankündigungen des Klägers in Verwirrung darüber gesetzt worden seien, an wen sie zu zahlen haben, eine Reihe solcher haben sich daher bei ihm hierüber erkundigen müssen, wofür Beweis anerboten werde. Weiter aber habe der Beklagte gegenüber den dreisten Reklamen des Klägers, um nicht auf die Seite gestellt zu werden, sich ebenfalls wehren müssen und jedenfalls seien dessen Ankündigungen noch viel gehäßiger.

I. Der Kläger beantragt im Sinne seiner Ausführungen Gutheißung, der Beklagte Abweisung der Klage, je unter Kostens- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gegenpartei. — Noch ist zu erwähnen, daß beide Parteien sich mit der Beurtheilung des Prozesses in seinem ganzen Umfange durch das Handelsgericht ausdrücklich einverstanden erklärt haben.

Entscheidungsgründe:

1. In ihrem ersten Theile geht die Klage auf Zahlung einer Geldsumme, als Schadensersatz dafür, daß der Beklagte zeitweise seiner Firma „Oskar Nabholz, Schweiz. Waarenkredithaus“ den Zusatz beifügte: „Nachfolger von Schröter und Ramm“. Es frägt sich, ob hierin „der unbefugte Gebrauch einer Firma“ im Sinne von Art. 876 des Obl.-R. gelegen sei, und dies hat in erster Linie zur Voraussetzung, daß jener Zusatz sich als ein Bestandtheil der vom Beklagten damals geführten Firma darstelle. Wenn nun auch Art. 867 Abs. 1 des O.-R. als zulässigen Inhalt der Firma eines Einzelkaufmannes ohne Kommanditär lediglich dessen Familiennamen (bürgerlichen Namen) mit oder ohne dessen Vornamen erwähnt, so ist im Hinblick darauf, daß im unmittelbaren Anschluß hieran der

2. Absatz der Gesetzesstelle „Zusätze" ausdrücklich gestattet, welche zu einer nähern Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen, immerhin anzunehmen, daß derartige „Zusätze" vom Gesetze nicht als außerhalb der Firma stehend, sondern als Bestandtheil derselben betrachtet werden. Diese Auffaßung liegt denn auch dem Urteil diesseitigen Gerichtes vom 8. Februar 1884 in Sachen Hefti & Fehr gegen Lienhard-Städeli (siehe Revue Bd. II Nro. 49) zu Grunde. Unbedenklich ist aber der streitige Zusatz als ein zur nähern Bezeichnung des Geschäftes oder der Person des Beklagten dienlicher anzusehen.

2. Zweitens ist zu prüfen, ob der streitige Zusatz sich als „unbefugt" qualificire, d. h. ob der Beklagte zu dessen Gebrauche nicht das Recht gehabt habe. Grundsatz des Gesetzes ist die Firmawahrheit. Es scheint nun allerdings auf den ersten Blick nicht, daß der Zusatz hiegegen verstoße, denn nicht bloß war die frühere Firma Schröter und Ramm nicht mehr vorhanden, sondern auch das derselben als Substrat dienende kaufmännische Etablissement, das Geschäft, ins Eigenthum des Beklagten übergegangen, letzterer also wenigstens in diesem Sinne thatsächlich „Nachfolger von Schröter & Ramm"; dies zeigt aber gerade, daß jener Zusatz, genau genommen, das Nachfolgeverhältniß auch mit Bezug auf die frühere *Firma* andeutet, und insofern genügte der Erwerb des *Geschäftes* nicht ohne Weiteres, um den Zusatz als wahr erscheinen zu lassen. Entscheidend ist hier aber die Bestimmung in Art. 874 des O.-R., wornach bei Uebernahme eines bestehenden „Geschäftes" ein das Nachfolgeverhältniß bezeichnender Zusatz in die Firma des Erwerbers nur dann aufgenommen werden darf, wenn der frühere Inhaber ausdrücklich oder thatsächlich dazu einwilligt. — Hiefür hat also der Beklagte den Nachweis zu erbringen.

3. Die Kaufsurkunde spricht nun ganz entschieden dagegen, daß dem Beklagten mit dem Geschäft auch das Recht auf Benutzung der alten Firma in der durch das Gesetz gestatteten Weise übertragen worden sei; denn die Gegenstände des Kaufes sind genau und im einzelnen aufgezählt, jenes Rechtes resp. der Firma aber nicht erwähnt. Im gleichen Sinne schlüssig ist der Umstand, daß der Beklagte nach Empfang des klägerischen Briefes vom 23. Nov., worin unter ausdrücklicher Berufung auf die Unterredungen beim Kauf bei weiterer Führung des streitigen Zusatzes, die hiefür „stipulirten" Fr. 6000 als der damals verlangte Kaufpreis der Firma verlangt wurden, hierauf Nichts entgegnete, wohl aber von Stund an jenen Zusatz in seinen Inseraten nicht mehr gebrauchte. Dieß spricht denn auch bestimmt für die Wahrheit der Angabe des Klägers, daß dem Kauf die von Rud. Nabholz geschriebene erste Bilanz zu Grunde gelegen habe, deren Aktivsaldo annähernd den Betrag des Kaufpreises von Fr. 14,000 erreicht, ohne daß dabei ein Ansatz für die Firma eingestellt wäre. Dieß ist zudem innerlich weitaus wahrscheinlicher, als die Behauptung des Beklagten, man habe auf Grund der zweiten Bilanz, die Kläger damals gar nicht gesehen haben will, gerechnet; denn nicht bloß erscheint es als schwer glaublich, daß Beklagter für Benutzung jenes Zusatzes den Betrag von über Fr. 6000 habe zahlen wollen, sondern in Verbindung mit dem weitern Umstand, daß der Kaufvertrag dieser dann so wichtigen Post nicht mit einem Worte erwähnte und der Beklagte sich den Brief vom 23. Nov. gefallen ließ, als ganz und gar unwahrscheinlich. Lag aber jene erste Bilanz, wie hiernach anzunehmen, beim Kaufe vor und demselben zu Grunde, so ist wohl ohne weiteres klar, daß die Notizen über die weitern für die Firma zu zahlenden Entschädigungen sich damals schon auf derselben befanden; denn deren nachträgliche Beifügung hätte ja keinen Sinn gehabt, und es ist daher sehr wahrscheinlich, daß die Kontrahenten über den jetzt streitigen Punkt im Sinne jener Notizen unterhandelten, der Beklagte aber, wie er sich es später vom Kläger im Brief vom 23. Nov. sagen lassen mußte, auf die Offerte, vermuthlich weil ihm der Preis lächerlich hoch erscheinen mochte, nicht eintrat. — Der nichtsdestoweniger vom Beklagten zu Gunsten seiner Schlüsse angebotene Zeugenbeweis erscheint als unerheblich, weil

derselbe nicht auf eine *ausdrückliche* Verabredung über den Kauf der Firma geht, indem hievon speziell gar nicht die Rede gewesen sei, sondern lediglich dahin, daß es bei den Unterhandlungen stillschweigend die nun vom Beklagten behauptete Meinung gehabt, und die eine der beiden als Verkäufer auftretenden Parteien, Frl. Ramm, erklärt habe, sie habe Nichts dagegen, wenn der Beklagte die alte Firma benutze. Denn, was zunächst letzteres anbetrifft, so konnte hierüber, als einem untheilbaren, in gleicher Weise auch dem Kläger als Recht zustehenden Gegenstand, nur durch gemeinsamen Willen beider Firmainhaber verfügt werden, und im übrigen vermöchten diese zum Beweise verstellten Thatsachen, im Hinblick auf die schon berührten Umstände niemals den vom Beklagten daraus gezogenen Schluß eines ausdrücklichen eventuell stillschweigenden Kaufes der Firma zu begründen.

4. Weiter eventuell nimmt der Beklagte den Standpunkt ein, der Kläger habe ihm später stillschweigend die Erlaubniß zum Gebrauch des in Frage stehenden Zusatzes zur Firma ertheilt, indem er ohne Einwendungen zu erheben, jener Benutzung in ihren verschiedenen Formen, in Inseraten, Geschäftskarten, den Aushänge- und den Thürschildern während längerer Zeit zugesehen habe. Es wäre indeß zu weit gegangen, wenn man aus letzterer nicht zu leugnenden Thatsache jenen Schluß ziehen wollte. Jene Erlaubniß hätte für den Kläger den Verzicht auf ein Recht in sich geschlossen, dem derselbe, nehme man nun seine eigene Darstellung oder die des Beklagten über die Kaufsunterhandlungen als wahr an, einen hohen ökonomischen Werth beimaß, und es ist daher jener Schluß, so lange das Stillschweigen des Klägers anderweitig erklärt werden kann, unzulässig. Eine Erklärung hiefür bietet aber sowohl das während des größten Theils jener Zeit für den Kläger in Folge seiner Anstellung bestehende Abhängigkeitsverhältniß zum Beklagten, als auch der Umstand, daß der Kläger so lange er im beklagtischen Geschäfte angestellt war, an der Verwerthung der alten Firma für seine eigene Person kein Interesse erblicken mochte, was ihn wohl veranlassen konnte, die Einsprache *zeitweilig* zu unterlassen, d. h. sie zu verschieben, nicht aber darauf zu verzichten. Endlich erklärte der Kläger unterm 23. Nov. des unumwundensten, daß er auf seinem Rechte beharre, und das weitere Verhalten des Beklagten enthält eine Anerkennung dieses Willens.

5. Demnach stand dem Beklagten zu der ihm zur Last fallenden Führung fraglichen Zusatzes keinerlei Recht zu, so daß derselbe ein unbefugter im Sinne von Art. 876 des O.-R. war. Nach dieser Vorschrift hat aus einer Handlung dieser Art „auf Schadensersatz“ Anspruch, „wer dadurch beeinträchtigt wird“. Die Allgemeinheit letztern Ausdruckes läßt schließen, daß es dabei an einem Schaden im weitesten Sinne des Wortes genüge, und es liegt die Auffassung nahe, es habe hier, wie in Art. 51 des O.-R., in allen Fällen das freie richterliche Ermessen vorbehalten bezw. als ausreichend erklärt werden wollen. Jedenfalls aber steht dieser Interpretation für den zürcherischen Richter Nichts im Wege, weil derselbe überhaupt nicht an eine formale Beweistheorie gebunden ist, sondern die Thatsachen bezüglich ihrer Beweiskraft frei zu würdigen hat. Dies ist im vorliegenden Falle von besonderer Bedeutung, weil der klägerische Anwalt sich nicht bemüht hat, dem Gerichte nähere und spezielle Anhaltspunkte für die Faktoren und die Größe des behaupteten Schadens darzulegen. Nach freier Würdigung der Verhältnisse des vorliegenden Falles ist dem Gericht nun wahrscheinlich, daß der Kläger in der That ein gewisses ökonomisches Interesse daran gehabt habe, nach dem Erlöschen der Firma „Schröter und Ramm“ und Uebergang des Geschäftes auf den Beklagten, fernerhin in der Lage zu sein, seine frühere Stellung in jener Firma und dem alten Geschäft zur öffentlichen Kenntniß zu bringen und zu verhindern, daß der Beklagte sich gegenüber dem Publikum als „Nachfolger von Schröter und Ramm“ bezeichne. Wie dem Gericht namentlich auch aus dem mit Urtheil vom 9. Juli 1886 (abgedruckt Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. V S. 231 ff.) erledigten, dem heutigen in manchen Punkten ähnlichen Prozesse bekannt ist, wird

speziell bei Handelsgeschäften von der hier in Betracht fallenden Art, den sog. „Abzahlungsgeschäften“, der Firma, sobald diese einmal eine gewisse Kundsame besitzt, erheblicher Werth beigelegt, was wohl seinen Grund in dem Umstande hat, daß letztere bei weitern Einkäufen, sowie auch der Empfehlung des Geschäftes bei Dritten sich in der Regel an die ihr bekannt gewordenen Namen zu halten gewohnt ist, auch dann, wenn andere Geschäftsinhaber eintreten. Es mochte daher für den Kläger eine gewisse Kundsame und der daraus hervorgehende Gewinn ohne weiteres durch die Berechtigung bedingt sein, bei Ankündigung eines andern Geschäftes an seine frühere Mitgliedschaft bei der erloschenen Firma zu erinnern, und den Beklagten an Kundgebungen zu hindern, welche diesen Zweck zu beeinträchtigen vermochten, so namentlich an der Vorgabe eines Nachfolgeverhältnisses in jene Firma. Dieses ökonomische Interesse wurde allerdings vermindert, als der Kläger während einiger Zeit als Angestellter beim Beklagten verblieb. Immerhin blieb dasselbe wohl in einem gewissen Maße bestehen und wurde wieder aktuell, als der Kläger in ein anderes Geschäft gleicher Art eintrat. Daß aber sowohl er, als auch sein neuer Prinzipal Berg jener Befugniß einen erheblichen Werth beilegten, zeigt der Umstand, daß dieselben die erheblichen Kosten der sehr umfangreichen Inserate und Plakate nicht scheuten, um denselben auszubeuten und der Beklagte behauptet ja auch selbst, daß in Folge dessen mehrere seiner eigenen, der alten Firma Schröter und Ramm zugethanen Kunden irre geworden seien. Es ist endlich auch in gewissem Maße wahrscheinlich, daß die Verminderung des durch das Recht in der ausschließlichen Bezugnahme auf das Nachfolge-Verhältniß zur Firma Schröter und Ramm in Aussicht gestellten Gewinnes, in Folge jenes vom Beklagten gebrauchten Firmazusatzes, nicht nur der Firma Robert Berg zum Nachtheile gereichte, sondern auch dem Kläger persönlich, wie dies in der Natur der Sache liegt, und der Beklagte kann dies wohl am wenigsten bestreiten, da seine Darstellung ja dahin geht, thatsächlich sei der Beklagte Geschäftsführer der Firma Berg und sogar vermuthen will, er sei Inhaber dieses Geschäftes. — Was nun aber den Umfang des dem Kläger vom Beklagten verursachten Schadens anbelangt, so ist derselbe offenbar sehr unbedeutend und es erscheint der Sachlage angemessen, wenn dem Kläger nur eine minime Forderung zugesprochen wird.

6. Das zweite Klagebegehren geht ebenfalls auf *Schadensersatz* und zwar wird dasselbe daraus abgeleitet, daß der Beklagte in seinem Circular vom 1. Nov. 1886 den Kläger in seiner Ehre verletzt habe. Dieser Anspruch qualificirt sich demnach als ein solcher aus unerlaubter Handlung, so daß vor allem die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes in Frage kommt. Dieselbe muß mit Bezug auf die Kompetenz des Gerichtes, soweit dieselbe in § 95 und 96 des Rechtspflegegesetzes normirt wird, unzweifelhaft verneint werden. Dagegen ist die Behandlung dieses Streitpunktes durch das Handelsgericht auf Grund von § 102 genannten Gesetzes, da die Parteien sich damit ausdrücklich einverstanden erklärt haben, in seiner Stellung als Schiedsgericht, unter der weitern Voraussetzung zuläßig, daß das streitige Rechtsbegehren als „Handelsstreitigkeit“ im Sinne jener Prozeßvorschrift erscheint. Dies ist nun, nach der Auslegung, welche dieses Requisit in der Praxis erfahren hat (siehe namentlich obenerwähntes Urtheil vom 9. Juli 1886 in Sachen Horwitz gegen Schröter und Ramm und die dortigen Zitate), in der That der Fall; das Delikt, worum es sich hier handelt, steht zu einem kaufmännischen Kaufe, demjenigen über das Geschäft von Schröter und Ramm, in sehr naher Beziehung.

7. Nach der Begründung der Klage, sowie dem Wortlaut der Weisung wird aus dem geltend gemachten Thatbestand ausschließlich der Anspruch auf den *Schaden,* der dem Kläger durch das mehrerwähnte gegnerische Circular entstanden, hergeleitet und eingeklagt, es fallen demnach in rechtlicher Beziehung lediglich Art. 50 und 51 des O.-R. in Betracht, ein Anspruch auf Genugthuung wegen Beeinträchtigung in den persönlichen Verhältnissen, in Sinne von Art. 55 des Obligationenrechts wurde nicht mit einem Worte

erwähnt und ist daher auch nicht als gestellt zu betrachten.

8. Was nun den Inhalt des Circulars anbelangt, so ist weder, wie der Kläger es behauptet, der Vorwurf des Bruches eines gegebenen Ehrenwortes, noch auch der Täuschung des Publikums, noch endlich der, daß Beklagter unerlaubter Weise Guthaben des Klägers einziehe, darin mit Deutlichkeit ausgesprochen, dagegen sind wenigstens gewisse Andeutungen, welche unter Umständen ungefähr in dieser Weise verstanden werden konnten, gemacht. Allein damit ist noch in keiner Weise eine Wahrscheinlichkeit dafür hergestellt, daß der Kläger dadurch einen ökonomischen Schaden erlitten habe, sei es durch direkte Vermögensverminderung, sei es durch Gewinnentzug. Aus diesem Grunde ist das zweite Klagebegehren gänzlich zu verwerfen.

9. Da der Kläger größtentheils unterliegt, sind ihm auch die Gerichtskosten größtentheils aufzulegen, dem Beklagten dagegen nur etwa zu $^1/_{10}$.

Schluss:

1. Der Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger 50 Fr. zu bezahlen, im Uebrigen ist die Klage abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr wird auf 100 Fr. angesetzt.
3. Die Kosten sind dem Kläger zu $^9/_{10}$ und dem Beklagten zu $^1/_{10}$ aufgelegt.
4. Mittheilung an die Parteien.

Urtheil
des Handelsgerichtes Zürich

vom 1. April 1887
in Sachen
der *Gebrüder Müller*, Inhaber der Walzmühle in Glarus, Kläger,
gegen
Gebrüder Waller, Getreidehandlung in Zürich, Beklagte,
betr. Kauf.

Die Formen der Kaufverträge nach den Usancen der zürcherischen Getreidebörse.

Streitfrage:

Sind die Beklagten verpflichtet, die ihnen am 31. Dezbr. 1886 verkauften 400 Doppelzentner Zenta-Weizen sofort zu liefern, eventuell den Klägern Fr. 800 als Schadensersatz zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Ein Angestellter der Beklagten, Samuel Weill, offerirte unterm 31. Dez. 1886 an der Börse in Zürich dem Jost Müller, Antheilhaber der klägerischen Firma 400 Doppelzentner Weizen und die Kläger behaupten, es sei daraufhin zwischen den Parteien ein Kauf hierüber abgeschlossen worden und verlangen im gegenwärtigen Prozesse dessen Erfüllung, während die Beklagten den Vertragsschluß bestreiten.

B. Die Darstellung der Kläger geht dahin, Weill habe zunächst $23^7/_8$ Fr. per Doppelzentner, franko Glarus, verlangt, Jost Müller habe dann erklärt, dies sei zu viel, dagegen $23^5/_8$ Fr. geboten und Weill habe darauf letztern Preis acceptirt und den Vertragsabschluß dadurch dokumentirt, daß er Jost Müller ein Papiersäckchen, ein Muster des verkauften Weizens enthaltend, übergeben habe, nachdem er auf demselben die wesentlichen Bestimmungen des Schlusses notirt habe. Diese Papierhülse mit dem Muster legen die Kläger vor; dieselbe trägt folgende Aufschrift: „400 2 % Zenta Fr. $23^5/_8$ franko Glarus, 60 Tage, Waller frères, 31. Dez.“ — Gestützt hierauf habe Jost Müller mit aller Bestimmtheit den Kauf als perfekt betrachtet und gleichen Tages sich demgemäß zu Drittpersonen geäußert. Endlich sei verabredet worden, daß die Waare im Laufe des Januar zu beziehen sei. — Die Beklagten hingegen geben zwar zu, daß Weill zuerst zu $23^7/_8$ offerirt und Jost Müller darauf die Gegenofferte von $23^5/_8$ Fr. gemacht habe, bestreiten aber, daß letztere angenommen worden sei, vielmehr habe Weill ausdrücklich erklärt, er müsse, bevor er ein Geschäft abschließe, zuerst den an der Börse ebenfalls anwesenden Chef seines Hauses, Sternberg, um seine Einwilligung fragen, es sei zweifelhaft, ob dieser überhaupt geneigt sei, zu den Klägern, mit denen die Geschäftsverbindung seit län-

gerer Zeit abgebrochen gewesen, wieder in solche zu treten, — inzwischen sei kein Theil gebunden, — nur mit dieser bestimmten Erklärung habe endlich Weill, da Müller es verlangt habe, diesem das Mustersäckchen gegeben und ihm darauf dessen Offerte notirt, dies geschehe sehr oft, ohne daß ein Kauf abgeschlossen worden, indem manche Müller dies wünschen, um die Muster mit andern zu vergleichen oder zu irgend welchen andern Zwecken. Sternberg habe dann in der That die Annahme abgelehnt, und es sei denn auch im Verkaufsbuch der Beklagten Nichts über das von den Klägern behauptete Geschäft enthalten, die betreffende Partie Weizen sei darnach überhaupt nicht verkauft worden. Für ihre Darstellung berufen die Beklagten sich auf Weill als Zeugen.

C. Mit Brief vom 24. Januar 1887 ersuchten Kläger die Beklagten, „die noch im alten Jahr gekauften 400 Doppelzentner Weizen an ihre Adresse nach Glarus abrollen zu lassen. Die Beklagten erwiederten jedoch mit Brief vom folgenden Tage, von einem Abschluß mit den Klägern sei ihnen absolut Nichts bekannt, sie bitten um Erklärung. Die Kläger beriefen sich nun mit Schreiben vom 29. Januar auf das in ihren Händen liegende Mustersäckchen, worauf ihnen die Beklagten unterm 30. Januar antworteten, wie Jost Müller sich ganz gut erinnern dürfte, habe es sich bei diesem Muster nur um ein Angebot desselben an Weill gehandelt, das aber nicht angenommen worden sei. — Mit Brief vom 5. Februar verlangten die Kläger Zusendung der Waare oder dann Zahlung einer Entschädigung von Fr. 2 per Doppelzentner, und über dieses Begehren kam es zum Prozesse.

D. Sowohl die Kläger als auch die Beklagten sind Mitglieder der Zürcher Getreidebörse und anerkennen ausdrücklich, den Usancen der letztern unterworfen zu sein. Aus diesen Usancen, welche von der genannten Korporation in einer unterm 9. April 1886 revidirten Fassung gedruckt herausgegeben wurden, ist hier Folgendes hervorzuheben: Unter dem Titel „Geschäftsabschluß“ bestimmt § 1, es könne letzterer „mündlich, durch Correspondenz, durch Austausch von Schlußbriefen, direkt oder durch Vermittlung geschehen.“ »*Mündlich abgeschlossene Geschäfte sind schriftlich zu bestätigen.*« Die Erfordernisse eines „schriftlichen Kaufvertrages“ („Schlußbriefes“) sind in § 4 bezeichnet; derselbe soll hiernach enthalten: a) Ort und Datum des Abschlusses, b) die Firmen der beiden Kontrahenten mit Bezeichnung ihrer Eigenschaft als Käufer oder Verkäufer und eventuell die Firma des Vermittlers, c) die Bezeichnung des Kaufobjektes nach Quantität, Gattung und Qualität, d) eventuell den Aufbewahrungsort der Muster, e) den Preis, f) den Uebergabsort, g) die Lieferzeit, h) die Zahlungsbedingungen, und i) die Unterschriften der Kontrahenten und eventuell diejenige des Vermittlers. — Bezüglich einzelner dieser Vertragsbestandtheile stellen sodann die Usancen für den Fall des Stillschweigens der Parteien ergänzende Regeln auf, so in § 9 betr. Behandlung der Muster und ferner betr. Uebergabsort und Lieferzeit etc. In letzterer Hinsicht bestimmt § 21, Mangels einer Verabredung über die Lieferzeit werde vorausgesetzt, daß die Waare in der Schweiz liege und ohne Verzug an den Käufer disponirt werde. Ueber die „Folgen versäumter Lieferung“ schreibt § 25 der Usancen vor: „Verstreicht die Lieferfrist, ohne daß der Verkäufer die Lieferung vollzogen, so hat der Käufer die Wahl, ob er eine nachträgliche Lieferung der Waare annehmen oder vom Kaufgeschäft zurücktreten will. Im letztern Falle hat er das Recht, die Preisdifferenz zwischen dem niedrigern Kaufpreise und dem höhern Marktpreise des Lieferungstermines am Uebergabsort als Entschädigung zu fordern.“ (Vorbehalten Nachweis größern Schadens.) § 27 endlich bestimmt: „Ansprüche und Reklamationen, welche auf Grund der §§ 25 . . . geltend gemacht werden wollen, sind innerhalb 72 Stunden (Sonn- und gesetzliche Feiertage ausgenommen) nach Ablauf der Lieferfrist der Gegenpartei bestimmt formulirt einzureichen.“

E. Die Kläger erklären, daß sie, von dem ihnen in § 25 der Usancen eingeräumten Wahlrechte Gebrauch machend, auf Lieferung der Waare verzichten, dagegen als Entschädigung von den Beklagten Zahlung des Be-

trages verlangen, in welchem der V[illegible]llt preis mit dem Kurspreis am Ende der [illegible] frist, d. h. Ende Januar 1887, differire[illegible] Beweise dieser Preisdifferenz, die sie Fr. 2 per Meterzentner, also im ganzen Fr. 800 beziffern, legen dieselben die vom Börsenkommissär ausgestellten Kurszeddel der Zürcher Getreidebörse vor, indem sie auf die hier vorfindlichen Notirungen für ungarischen Weizen prima Qualität verweisen, welche für den 31. Dez. 1886 $24^{3}/_{4}$ Fr., für 7. bis 28. Januar 1887 Fr. $25^{1}/_{4}$ und für den 4. Febr. $25^{1}/_{2}$ Fr. betragen. — Hinsichtlich des Vertragsabschlusses führt der Anwalt der Kläger weiterhin aus: In der Uebergabe des überschriebenen Mustersäckchens durch Weill an den Associe der Beklagten liege ein schriftlicher Kaufsabschluß und es enthalte jene Ueberschrift alle in § 4 der Usancen genannten Erfordernisse eines Schlußbriefes, indem Nichtvorhandenes durch die in den Usancen weiter enthaltenen Regeln ersetzt werde. Geschäftsabschlüsse von der Art des streitigen seien üblich und werden Jahr aus Jahr ein zu Hunderten vollzogen, noch nie sei es gewagt worden, solche hinterher zu beanstanden, die Beklagten haben gewußt, daß die Kläger gestützt auf diese Uebung den Kauf für zweifellos perfekt angesehen haben, ihr Auftreten stehe im Widerspruch mit dem guten Glauben! — Die Kläger weisen eine Menge von Mustersäckchen, welche in ähnlicher Weise, wie das in Frage stehende überschrieben sind, zum Nachweise jener Uebung vor; auf denselben finden sich namentlich Zürcher Firmen vorgedruckt, endlich produziren die Kläger zwei derartige mit der *beklagtischen* Firma versehene Mustersäckchen, sowie diesen entsprechende, aus dem Jahre 1885 datirende Fakturen der Beklagten.

F. Der Anwalt der Beklagten beharrt aber darauf, daß nichts weiteres als eine beiderseits unverbindliche Offerte nachgewiesen sei, und bestreitet entschieden, daß die Notizen auf der Musterhülse eine schriftiiche Kaufsbestätigung darstellen; es möge allerdings etwa vorkommen, daß wirkliche Käufe auf diese Art geschlossen werden, so lange aber die durch die Usancen vorgeschriebenen Formen nicht beobachtet worden, seien dieselben

Streitfrage:

Sind die Beklagten verpflichtet, die ihnen am 31. Dezbr. 1886 verkauften 400 Doppelzentner Zenta-Weizen sofort zu liefern, even[illegible]ll den Klägern Fr. 800 als Schadensersatz [illegible]zahlen?

Thatsächliches:

Tite[illegible] der Usa[illegible]gestellter der Beklagten, Samuel terhin wir[illegible] unterm 31. Dez. 1886 an der eingeklagte [illegible]dem Jost Müller, Antheil- die für dessen [illegible]hen Firma 400 Doppel- Usancen aufgest[illegible] die Kläger behaupten, säumt haben. — I[illegible]en den Parteien ein die Beklagten, den [illegible] worden und ver- Nichtlieferung kein Sch[illegible] Prozesse dessen fragliche Sorte Weizen [illegible]agten den Ver- zen Monats Januar auf all[illegible] zu $23^{5}/_{8}$ Fr. erhältlich gew[illegible] geht dahin, Expertise und eventuell da[illegible]er Doppel- Wissen des Gerichtes angeru[illegible]st Müller aber würde die Preisdifferenz [illegible]dagegen Rp. per Doppelzentner betragen ha[illegible] darauf Sinne dieser Ausführungen bean[illegible]gsab- Beklagten gänzliche, eventuell theilw[illegible] Jost werfung der Klage, unter Kostens- [illegible] des schädigungsfolge, während die Klä[illegible]en vollständige Gutheißung derselben, du[illegible]t- sprechung der verlangten Preisdiffere[illegible]t Fr. 800 nachsuchen.

Entscheidungsgründe:

1. Da die Parteien Mitglieder der Getrei[illegible] börse Zürich sind, so haben deren Usance[illegible] für dieselben, wie übrigens ausdrücklich anerkannt wurde, verbindliche Kraft. Es ist also davon auszugehen, daß die Parteien auch speziell mit Bezug auf das hier streitige Geschäft die Bestimmungen der Usancen über den Abschluß von Käufen vor Augen hatten und als maßgebend für ihre Willensmeinung betrachteten, so daß jene Bestimmungen bei der Auslegung des Willens gleichwie Bestandtheile desselben zn würdigen sind.

2. Das Schweiz. Obl.-R. enthält in Art. 1 und 9 als Regel den Grundsatz, daß die Verträge durch die bloße übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien zu Stande kommen und zu ihrer Gültigkeit keiner besondern Form bedürfen; vorbehalten sind

gerer Zeit abgebrochen gewesen, wieder in solche zu treten, — inzwischen sei kein Theil gebunden, — nur mit dieser bestimmten Erklärung habe endlich Weill, da Müller es verlangt habe, diesem das Mustersäckchen gegeben und ihm darauf dessen Offerte notirt. dies geschehe sehr oft, ohne daß ein Ka- in abgeschlossen worden, indem manche M-schluß dies wünschen, um die Muster mit-nne, daß zu vergleichen oder zu irgend welc- Geschäfte" Zwecken. Sternberg habe dan-e Bestätigung die Annahme abgelehnt, und - nach dem Wortim Verkaufsbuch der Bekl-ie namentlich auch das von den Klägern b-en erwähnte gesetzenthalten, die betreffer-cht anders verstanden darnach überhaupt -t der schriftlichen Bestä-Für ihre Darstellun-dekommen des Geschäftes sich auf Weill als -t sei. — Den Gegensatz zu

C. Mit Brief -, schriftlich bestätigten Gesuchten Kläger -sen bildet nach § 1 der Usanalten Jahr gek-chluß durch Correspondenz oder zen an ihre von Schlußbriefen, und es ist der zu lassen. -ser letztern in § 4 der Usancen gemit Brief — Demnach ist zur Begründung des Abschluß-chen Anspruches, der sich auf das Nichts -dekommen des behaupteten Kaufes Die Kl-, der Nachweis einer Willenseinigung vom 2-Kontrahenten, sowie mündlicher Kundgegen-ung derselben nicht ausreichend, sondern ekl- muß weiter die schriftliche Feststellung des -eschäftes in einer der drei genannten Formen erwiesen werden.

4. Der Anwalt der Kläger erblickt nun in dem von S. Weill an Jost Müller übergebenen und überschriebenen Mustersäckchen eine schriftliche Kaufsurkunde im Sinne von § 4 der Usancen. Allein mit Unrecht; denn es mangeln einzelne der daselbst vorgeschriebenen Bestandtheile und darunter wesentliche Elemente des Vertrages, z. B. die Bezeichnung der Person des einen der Vertragskontrahenten, nämlich der klägerischen Firma, der Ausdruck des Willens, daß gekauft und verkauft werde und die Unterschrift der Kläger, welche sich, da diese durch den Vertrag hätte verpflichtet werden sollen, auch insbesondere nach Art. 12 des Obl.-R., als durchaus nothwendig erweist. Angesichts dieser Mängel in den wesentlichen Erfordernissen des Vertrages braucht nicht erörtert

Schluß-werden, ob und in wie weit anderweitige gesch-ten, wie z. B. bezüglich der Lieferzeit schä- der Aufbewahrung der Muster, als bloße Die -enpunkte durch die hierauf bezüglichen ve- den Usancen enthaltenen Regeln ergänzt werden. Uebrigens ist noch darauf zu verweisen, daß § 1 der Usancen „den *Austausch* von Schlußbriefen" verlangt. — Ebensowenig kann hier von einem Geschäftsabschluß durch „Correspondenz" die Rede sein, schon deshalb nicht, weil es an einem Briefwechsel, der hierunter verstanden werden muß, fehlt.

5. Ernstlicher kommt in Frage, ob in den vorliegenden Akten nicht eine schriftliche Bestätigung eines zuvor mündlich abgeschlossenen Geschäftes zu finden sei. — In erster Linie fällt diesbezüglich, obschon dieser Rechtsstandpunkt vom klägerischen Anwalt nicht berührt wurde, der Brief der Kläger an die Beklagten vom 24. Januar in Würdigung. Derselbe erwähnt nun zwar ausdrücklich des „noch im alten Jahr erfolgten Kaufes über 400 Doppelzentner Weizen"; jedoch geschieht dies, wie der weitere Inhalt des Briefes deutlich zeigt, keineswegs zur Kundgebung des Willens, diesen Kauf als bestätigt zu erklären, sondern ausgesprochenermaßen einzig behufs Mittheilung der über die Waare getroffenen Disposition, dies wird vollends außer Zweifel gestellt durch das Datum des Briefes, welcher dem behaupteten Kaufsschlusse erst mehr als drei Wochen später nachfolgte, während Bestätigungserklärungen sofort abgegeben werden.

6. Demnach bleibt lediglich zu prüfen übrig, ob nicht das vom Vertreter der Beklagten mit den in Fact. B. genannten Notizen versehene Mustersäckchen die schriftliche Bestätigung eines Kaufes darzustellen vermöge. Dies wäre dann der Fall, wenn in dem, was auf der Musterumhüllung geschrieben steht, der genügend klare Ausdruck für die Annahmeerklärung mit Bezug auf eine nachgewiesene Kaufsofferte gefunden werden könnte. Da fragliche Notizen mit dem Namen der Beklagten unterzeichnet sind, müßten dieselben speziell die Annahmeerklärung letzterer hinsichtlich einer Offerte des Jost Müller enthalten. — Was nun zunächst den thatsächlichen Vorgang anbelangt, so spricht dafür,

daß Müller jene Annahmeerklärung wirklich vor Anfertigung jener Notizen ausgesprochen habe, allerdings die Thatsache, daß in den letztern, unterzeichnet mit der Firma der Beklagten, offenbar als Preis, die Ziffer 23⁵/₈ notirt ist; denn Angesichts der übereinstimmenden Erzählung beider Parteien, Weill habe zuerst 23⁷/₈ verlangt und Müller dann jene geringere Gegenofferte gestellt, muß es als sehr wahrscheinlich gelten, daß es in der That der Wille des Vertreters der Beklagten war, letzteres Anerbieten anzunehmen, während die beklagtische Darstellung, Weill habe sich dessen geweigert und überhaupt für jeden Geschäftsabschluß mit den Klägern die vorherige Zustimmung des ebenfalls an der Börse anwesenden Chefs seines Hauses, Sternberg, vorbehalten und er habe lediglich auf bestimmten Wunsch des Müller die Notizen auf dem Mustersäckchen als einseitige, unverbindliche Offerte der *Kläger* notirt, sehr unglaubwürdig klingt; denn abgesehen davon, daß Weill, nach eigener Darstellung der Beklagten es war, welcher dem Jost Müller zuerst ein bestimmtes Kaufsangebot machte und bei Annahme des von ihm verlangten höhern Preises den Kauf daher wohl unzweifelhaft abgeschlossen, eventuell aber vor Abgabe schriftlicher Erklärungen sich unverzüglich an Sternberg gewendet haben würde, hätte derselbe bei Wahrheit der beklagtischen Behauptung schwerlich versäumt, die Preisangabe dergestalt zu verdeutlichen, daß nicht daraus in Verbindung mit der Unterschrift sein Einverständniß damit geschlossen werden konnte. Weiterhin ist nicht zu leugnen, daß diese Anhaltspunkte dafür, daß der Abfassung und Uebergabe jener Notizen eine mündliche Einigung über den Kauf vorangegangen sei, noch einigermaßen verstärkt werden durch die auch von den Beklagten zugegebene Thatsache, daß auch unter Kaufleuten, die an die Usancen der Zürcher Getreidebörse gebunden sind, nicht selten Kaufsschlüsse vorkommen, bei denen, wie im vorliegenden Falle, dem Käufer lediglich eine Musterhülse übergeben und darauf vom Verkäufer die Bedingungen des Schlusses notirt und unterzeichnet werden. — Mit Recht bestreiten indeß die Beklagten, daß letztere Bedeutung für alle Fälle bei dieser Uebung zutreffend sei; denn, wie den fachmännischen Mitgliedern des Handelsgerichtes genügend bekannt ist, greift nach der herrschenden Gewohnheit das gleiche Verfahren auch dann Platz, wenn nur eine Offerte bekundet werden will und bildet dabei letztere Willensmeinung sogar entschieden die Regel, ja beruht es auf einer gewissen Nachlässigkeit, wenn die Parteien trotz Beabsichtigung eines festen Kaufes sich mit jener Form begnügen, indem ordentliche Kaufleute Geschäftsschlüsse in jedem Falle sofort unterschriftlich zu bestätigen pflegen und zwar regelmäßig durch förmliche „Schlußbriefe." — Wäre aber auch, wofür allerdings eine gewisse Wahrscheinlichkeit vorliegt, hergestellt, daß es unter den Parteien zu einer Vereinbarung über einen festen Kauf gekommen, so würde dies, wie schon erörtert, zur Klagebegründung nicht genügen, da entscheidend ist, ob für den Abschluß eine schriftliche Bestätigung vorliege. Zu letzterer gehört der Natur der Sache nach die schriftliche Kundgebung des Willens der Parteien bezüglich aller *wesentlichen* Erfordernisse des Kaufvertrages, sei es durch Anführung derselben im einzelnen, sei es durch irgend eine deutliche Verweisung. Wenn es sich nun frägt, ob die Ueberschrift der Musterumhüllung diesem Erforderniß entspreche, so könnte, was vorerst den Preis anbetrifft, aus der Ziffer 23⁵/₈ in Verbindung mit der Unterschrift Waller frères die schriftliche Form als gegeben erachtet werden, und ebenso ist die Waare nach Quantität und Qualität ausreichend bezeichnet; dagegen mangelt in jenen Notizen jede Kundgebung mit Bezug auf fernere zwei wesentliche Elemente des Vertrages, erstlich hinsichtlich der Bezeichnung der Vertragsart, denn es ist schriftlich in keiner Weise angedeutet, daß ein Kauf geschlossen werden wolle, und zweitens ist der Name des Gegenkontrahenten nicht genannt. Die Ueberschrift des Mustersäckchens vermag daher die Requisite einer schriftlichen Kaufsbestätigung nicht zu erfüllen und dies führt ohne weiteres zur Abweisung der Klage. Denn es geht nicht an, etwa aus der Thatsache, daß, wie ausgeführt worden, thatsächlich Käufe auch öfters in der

erwähnten mangelhaften Weise abgeschlossen werden und dies vielleicht auch hier der Fall war, auf einen Verzicht der Beklagten auf gerichtlichen Schutz bei der durch die Usancen festgestellten Form schließen zu wollen, vielmehr haben es die Kläger ihrer Sorglosigkeit in Beobachtung der Usancen zuzuschreiben, wenn wirklich ein Geschäftsabschluß erfolgt sein sollte, demselben aber die rechtliche Anerkennung verweigert wird.

7. Das Unterliegen der Kläger im Prozesse hat für sie die Pflicht zur Tragung der Gerichtskosten und zur Zahlung einer angemessenen Prozeßentschädigung an die obsiegende Gegenpartei zur Folge.

Schluss:

1. Die Klage ist abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr wird auf 50 Fr. angesetzt.
3. Die Kosten sind den Klägern aufgelegt und es haben dieselben die Beklagten prozeßualisch mit 70 Fr. zu entschädigen.
4. Mittheilung an die Parteien.

Urtheil

des Handelsgerichtes Zürich

vom 22. April 1887
in Sachen
der Wittwe *Auguste Peltereau* in Château-Renault, Dép. Indre et Loire, Frankreich, Klägerin,
gegen
die Firma *J. Jordan & Cie.*, Schuhfabrik in Winterthur, bezw. deren alleinigen Inhaber, Julius Jordan daselbst, Beklagten,
betr. Kauf (Gewährleistung des Verkäufers).

Streitfrage:

„Ist der Beklagte verpflichtet, der Klägerin laut Faktur und mit Protest zurückgekommenem Wechsel Fr. 1191. 85 Rp. nebst Zins à 6 % seit 5. November 1886 zu bezahlen?“

Thatsächliches:

A. Der Beklagte bestellte unterm 3. August 1886 dem Geschäftsreisenden der Klägerin 2 Ballen „Vaches lissées“ (Rindshäute) „pays“ (d. h. Provenienz Château-Renault) „premier choix, 12,“ (Stück per Ballen) „à Fr. 4. 10 Rp.“ (per Kilo), beigefügt ist der Bestellungsnotiz des Reisenden: „très-rondes“. — Die Waare wurde unterm 20. Sept. 1886 fakturirt als Ballen No. 192, 143 Kilo und No. 193, 145 Kilo, zus. 288 Kilo à Fr. 4. 10 Rp. = Fr. 1180. 80 Rp., abzüglich 2 % Sconto Fr. 23. 60 Rp., netto Fr. 1157. 20 Rp., Werth 45 Tage, d. h. 5. Nov. 1886. Hiefür gab die Klägerin auf den Beklagten eine Tratte ab.

B. Laut Frachtbrief langte die Waare am 4. Oktober Abends in Winterthur an, am 7. Oktober ließ der Beklagte sie ins dortige Lagerhaus der Bank in Winterthur legen zur Verfügung der Klägerin und machte dieser hievon mit Brief vom gleichen Tage Anzeige, erklärend, er nehme die Waare nicht an, weil dieselbe in jeder Hinsicht nur eine sehr geringe II. Auswahl repräsentire, sie sei äußerst abfällig (d. h. gebe viel Abfall, „flandreuse“), zerschnitten („coûtelée“), schadhaft auf der Narben- oder Haarseite („défectueuse sur la fleur“), ferner mit schwarzen Flecken besetzt, zudem zu dick, da die Häute zu klein und rundlich, obgleich stark abfällig seien. — Diese Dispositionsstellung wurde von der Klägerin nicht angenommen, die hierüber unter den Parteien geführte Korrespondenz hatte keinen Erfolg, und es kam daher zum Prozeß. — Am 5. Nov. 1886 war dem Beklagten die in Zirkulation gesetzte Tratte zur Zahlung präsentirt worden, und sodann in Folge Zahlungsweigerung mit Retourkosten im Betrage von Fr. 34. 60 an die Klägerin zurückgegangen.

C. Das Gericht ordnete in der Referentenaudienz eine Expertise über die Waare an und übertrug dieselbe auf Vorschlag des klägerischen Anwaltes und mit ausdrücklicher Zustimmung des Beklagten dem Arnold Pünter, in Firma J. Pünter, Gerberei und Lederhandlung in Uerikon-Stäfa. Auf Grund einer im Beisein der Parteien vorgenommenen Besichtigung der Waare, gibt der Experte nun folgendes Gutachten über dieselbe ab:

Beide Ballen seien Produkte der Fabrik der Klägerin; deren Fabrikate seien dem Experten seit Jahren genügend bekannt, indem

er Sohlleder und vaches lissées an Kunden verkaufe, denen die Klägerin ebenfalls solche liefere. — Im übrigen sei die Qualität der beiden Ballen erheblich verschieden. Der eine Ballen, und zwar *Nro. 193* repräsentire I[ièr] choix. Die Häute seien durchweg „très-rondes", absolut nicht „flandreuses". Dieselben können ferner nicht als schadhaft auf der Narbenseite bezeichnet werden, nur eine einzige Haut habe 3 bis 4 kleine Narben, die man aber kaum beachte, auch sei die Waare nicht etwa schnittig, wenn auch ein paar Stück allerdings vom Metzger sorgfältiger hätten behandelt werden können. Zwar finden sich endlich ein paar kleine, schwärzliche Fleckchen, sowie einige Stellen, wo die braune Lederfarbe etwas dunkler nuancirt sei; aber dies seien Kleinigkeiten, die nicht den geringsten Schaden verursachen und kaum Erwähnung verdienen; von manchen, ausschließlich vaches lissées fabrizirenden Häusern werde dem Leder auf beiden Seiten ein Anstrich gegeben und dadurch solche kleine Fehler unsichtbar gemacht, während die Fabriken von Château-Renault die Waare real, ohne jede Appretur liefern. Trotz aller genannten kleinen Mängel bleibe der Ballen No. 193 I[ièr] choix; auch Waare I. Auswahl habe stets noch untergeordnete Fehler, der Experte habe solche, wie sie in diesem Ballen vorkommen, an Häuten gesehen, die an der Pariser Ausstellung als I[ièr] choix prämirt worden seien. Keine Lederfabrik des In- und Auslandes liefere einen Ballen von 12 Häuten, wobei ein strenger Kritiker nicht an ein paar Stücken irgend etwas auszusetzen im Stande wäre. — Der zweite Ballen, Nro. 192, könne dagegen nicht als I[ièr] choix erklärt werden, sei vielmehr second choix. In demselben befinden sich zwar 5 oder 6 Häute ohne Fehler, welche 1. Auswahl repräsentiren, 5 Häute seien dagegen stark „abfällig", daherrührend, daß es alte Kuhhäute seien, das Kernleder sei daran zwar sehr gut, aber wegen des vielen Abfalles gebe es davon mehr Brandsohlen und Rahmenleder als Kernsohlen; das Attribut „cuirs ronds" könne diesen Häuten nicht beigelegt werden. Die Schuhfabrikanten haben zwar für den Abfall ebenfalls stets Verwendung, manche nehmen indeß nicht gern abfällige Häute, und jedenfalls sei der Abfall bedeutend billiger. Im fernern sei eine in diesem Ballen enthaltene Haut stark zerschritten, und ein paar Stücke seien etwas zerschnitten. — Der Werth dieses 2. Ballens sei, Alles in Allem gerechnet, auf Fr. 3. 70 oder Fr. 3. 80 per Kilo zu taxiren, um diesen Preis werde der Beklagte denselben mit Vergnügen behalten, er habe in der Referentenaudienz letztere Waare eine solche genannt, wie die Schweizer Gerber sie liefern, nämlich ohne Ausscheidung von 1. und 2. Auswahl, Alles durcheinander, und erklärt, solche Waare könne er stets für Fr. 3. 50 haben. — Endlich erklärt der Experte, im Lederhandel sei es nicht Usus, daß bei Lieferung ganzer Ballen der Abnehmer die guten Stücke von den weniger guten sortire und jene behalte, diese aber zurückweise.

D. Der Beklagte verlangte heute Oberexpertise, wurde aber mit diesem Begehren abgewiesen, er hatte dafür angeführt, der Expertise Pünter sei nicht unbefangen, da er schon vor der Ernennung vom klägerischen Anwalt instruirt worden sei und ferner mangle demselben die spezielle Sachkunde für vaches lissées; dies gehe daraus hervor, daß gerade das Freisein der Waare auch von untergeordneten Mängeln, namentlich bezüglich Schnitte, Flecken, Narben, sowie Abfälligkeit, deren Zugehörigkeit zur „1. Auswahl" begründe, und schlagend beweise Pünter seine Unkenntniß mit dem Ausspruch, er habe an der Pariser Aussellung als I[ièr] choix prämirte Häute gesehen, die mit Brandmarken behaftet gewesen seien, indem solche, wie jeder Kenner wisse, bei Häuten europäischer Provenienz überhaupt niemals vorkommen. Unrichtig sei die Expertise auch darin, daß sie die Häute auf die Eigenschaft „très-rondes" prüfe, während nicht so bestellt worden sei. — Der klägerische Anwalt wies den Vorwurf der Beeinflußung des Experten zurück und letzterer erklärte, wahr sei nur, daß die Klägerin ihn schriftlich angefragt habe, ob er die Expertise übernehmen würde, was er brieflich bejaht habe.

E. Der Anwalt der Klägerin erklärte heute, daß er den Anspruch auf Ersatz der Protest- und Retourkosten fallen lasse; im übrigen

beantragte derselbe Gutheißung der Klage in dem Sinne jedoch, daß bei Ballen No. 192 nur ein Preis von Fr. 3. 75 Rp., nebst Zins, der Klägerin zugesprochen werde, unter Kostens- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten. Derselbe berief sich, indem er sich auf Art. 250 des O.-R. bezog, auf das Ermessen des Gerichtes dafür, daß die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen, anerkannte dagegen für Ballen No. 192 einen durchschnittlichen Minderwerth von 35 Rp. per Kilo; die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge gab er endlich ausdrücklich zu. — Der Beklagte dagegen beantragte Abweisung der Klage im ganzen Umfange unter Kostens- und Entschädigungsfolge zu Ungunsten der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

1. Es ist zu prüfen, ob und in wie weit die verkaufte Sache an Gewährsmängeln leide, und dabei frägt es sich zunächst, ob die Expertise Pünter dem Urtheil zu Grunde zu legen sei. Nach § 408 des Gesetzes betr. die Rechtspflege ist dies zu bejahen und das Begehren um Oberexpertise unbegründet, sofern nicht angenommen werden muß, der Experte sei seiner Aufgabe wegen Mangel der erforderlichen Kenntnisse nicht gewachsen gewesen, oder es habe ihm zu derselben der Wille oder die nöthige Unbefangenheit gefehlt. Offenbar leichtfertig ist der in letzterer Hinsicht Seitens des Beklagtem dem Experten gemachte Vorwurf, wie denn überhaupt das anstandswidrige Benehmen des Beklagten im Prozeß mit Ordnungsbuße gerügt werden mußte. Aber auch die heute vom Beklagten aufgestellte Behauptung, daß der Experte nicht die erforderliche spezielle Sachkunde habe, erscheint als unbegründet. Das von Pünter abgegebene Gutachten ist innerlich überzeugend, derselbe erklärt ferner die Spezialität, um die es sich handelt, ausreichend zu kennen, und endlich ist es nicht wohl gedenkbar, daß der Beklagte, der angibt, schon 25 Jahre Chef seines Etablissements in Winterthur zu sein, den Experten, der im Kanton eine Gerberei und Lederhandlung betreibt, also offenbar längst kennt, die ausdrückliche Zustimmung zu dessen Wahl gegeben hätte, wenn er denselben nicht als sachkundig kennen würde, und in der heutigen weitgehenden Kritik des Beklagten liegen eben bloße Behauptungen, ohne hinreichende innere Wahrscheinlichkeit.

2. Das Expertengutachten stellt nun fest, daß der Ballen No. 193 die bestellte Qualität von vaches lissées Château-Renault I^ière choix repräsentire. Mit Bezug auf den Kaufpreis hiefür ist daher die Klage jedenfalls begründet. — Bezüglich des Ballens No. 192 geht aus dem Gutachten hervor, daß zwar 5 oder 6 der 12 Häute ohne Mängel und mithin I^ière choix sind, die übrigen hingegen an solchen Fehlern leiden, welche sie als II. Auswahl erscheinen lassen. Der hauptsächliche Mangel, daß nämlich 5 Häute stark abfällig sind, ist denn auch vom Beklagten besonders zum Gegenstand der Mängelrüge gemacht worden, freilich bestreitet er heute unbegreiflicher Weise, wohl nur zur Bemängelung der Expertise, Häute, die très-rondes, d. h. wenig abfällig sein müssen, bestellt zu haben. Der Minderwerth des zweiten Ballens im Durchschnitt ist auf Grund der Expertise, bei Annahme des Mittels von Fr. 3. 70 Rp. und Fr. 3. 80 Rp., also Fr. 3. 75 Rp. als Werth gegenüber dem Preis von Fr. 4. 10 Rp. auf 35 Rp. per Kilo anzusetzen, also für den ganzen Ballen von 143 Kilo, auf Fr. 50. 05. Für die bezüglichen Mängel ist die Klägerin unzweifelhaft währschaftspflichtig.

3. Gemäß der in Art. 249 des O.-R. aufgestellten Regel hätte nun der Beklagte die Wahl zwischen der Wandelungs- und der Minderungseinrede; derselbe hat sich, indem er auf gänzliche Abweisung der Klage angetragen, für die erstere Alternative erklärt. Allein eine Ausnahme hievon greift nach Art. 250 insofern Platz, als das Gericht nach seinem Ermessen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen, befugt ist, bloß auf Ersatz des Minderwerthes zu erkennen. Wenn es nun auch gewiß im Sinne des Gesetzes liegt, daß diese Ausnahmebestimmung nicht leicht in Anwendung gebracht werde, so rechtfertigt sich dies doch im vorliegenden Falle. Nach dem Ausspruch des Experten hat es für den Beklagten keinerlei Schwierigkeit, auch die mit Mängeln behafteten Häute in seinem Geschäft

zu verwenden und wird sein Interesse nur verletzt, wenn er dieselben zum vollen Fakturapreis, ohne entsprechenden Rabatt übernehmen muß; daß die Expertise hierin unrichtig sei, ist vom Beklagten in keiner Weise wahrscheinlich gemacht worden. Berücksichtigt man ferner, daß nur einzelne wenige Häute 2. Klasse sind, und der Minderwerth nicht einmal einen Zehntel des vollen Werthes ausmacht, so erscheint es als ein Gebot der Billigkeit und insofern nach freiem richterlichem Ermessen durch die Umstände gerechtfertigt, den Beklagten zur Annahme auch des zweiten Ballens zu verpflichten, aber unter Abzug des konstatirten Minderwerthes von 35 Rp. per Kilo.

4. Die Rechnung gestaltet sich somit folgendermaßen:

Guthaben der Klägerin:

1) für Ballen No. 193, 145 Kilo à Fr. 4. 10 =	Fr. 594. 50
2) für Ballen No. 192, 143 Kilo à Fr. 3. 75 =	„ 536. 25
zus.	Fr. 1130. 75
abzüglich 2 % Sconto	„ 22. 60
Netto	Fr. 1108. 15

nebst Zins hievon à 6 % seit 5. November 1886.

5. Angesichts des Prozeßergebnisses ist der Klägerin, welche ihre Forderung, soweit sie mit derselben nicht obsiegt, erst heute reduzirte, zwar keine Prozeßentschädigung zuzusprechen; dagegen sind sämmtliche Gerichtskosten dem Beklagten aufzulegen.

Schluss:

1. Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin 1108 Fr. 15 Rp. nebst Zins à 6 % seit 5. November 1886 zu bezahlen, vom Rückzug der Klage im weitergehenden Betrage derselben wird Vormerk genommen.
2. Die Staatsgebühr wird auf 80 Franken festgesetzt.
3. Die Kosten sind dem Beklagten aufgelegt.
4. Der Klägerin wird keine Prozeßentschädigung zugesprochen.
5. Mittheilung.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Juni 1887. VI. Band. № 11.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Kassationsgerichtes Zürich
vom 25. April 1887
in Sachen
Einberger ca. *Laurrent et fils.*

1. Der Anspruch auf Anerkennung der Vollstreckbarkeit ausländischer Civilurtheile kann nicht nur auf dem summarischen, sondern auch auf dem gewöhnlichen Prozeßwege verfolgt werden.

2. Das Handelsgericht ist dann zuständig zur Beurtheilung eines derartigen Anspruches, wenn es auch die durch das fremde Urtheil entschiedene Frage, — falls darüber ein Prozeß nicht geführt worden wäre, — zu entscheiden gehabt hätte.

3. Die Nichtanerkennung der Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urtheils entzieht diesem den Charakter einer rechtskräftigen, für beide Parteien verbindlichen Entscheidung und es vermag dasselbe deßhalb auch die Einrede der abgeurtheilen Sache nicht zu begründen.

Thatsächliches:

A. Laurrent et fils, Holzhändler in Brüssel, welche gegenüber der die Erweiterung der Hafenarbeiten in Antwerpen ausführenden Firma Casse et Hotat die Lieferung des für die Drehbrücken und Schleußen erforderlichen Holzes übernommen hatten, wandten sich ihrerseits zur Beschaffung des letztern an den Holzhändler Anton Einberger in Richtersweil und schlossen am 21. Dezember 1883 einen bezüglichen Lieferungsvertrag mit ihm ab. Bei dem für die Schleußenthore bestimmten Holz handelte es sich um Eichenstämme von seltener Größe, welche zu passender Jahreszeit, d. h. im Winter geschlagen und gemäß spezieller Zeichnung behauen geliefert werden mußten. Bezüglich der Lieferzeit wurde bestimmt, die Hölzer seien zwischen April und Ende Dezember 1884 zu liefern. Am 10. Mai 1884 verlangten die Käufer Lieferung, reklamirten am 24. Mai und erhielten am 31. gl. Mts. vom Agenten des Einberger die Antwort, daß dieser zwar einige Stücke der Bestellung habe, die 4kantig behauen seien, daß er dieselben aber nicht vor dem nächsten Winter liefern könne, weil es ohne Schnee und Eis unmöglich sei, solche aus dem Walde herauszuschaffen. Darin erblickten Laurrent et fils das Zugeständniß Einbergers, daß er innert der vertraglich bestimmten Zeit zu liefern nicht im Stande sei, und da sie ihrerseits gegenüber Casse et Hottat durch eine Lieferfrist strenge gebunden

waren und diese mit Briefen vom 16. und 20. Juni denn auch unverzügliche Lieferung der Schleußenhölzer verlangten, sahen sie sich gezwungen, für die ausbleibende Lieferung Ersatz zu suchen und gleichzeitig die Aufhebung des Vertrages mit Einberger, sowie Schadenersatzleistung durch denselben anzustreben. Sie leiteten beim Handelsgericht Brüssel eine bezügliche Klage ein und dieses entschied mit Urtheil vom 30. Juni 1884, der Lieferungsvertrag sei aufgehoben *zu Gunsten der Kläger* und diesen das Recht vorbehalten, ihren Anspruch auf Schadenersatz in einem neuen Prozeße einzuklagen. Nach Ermittlung des Schadens klagten Laurrent et fils 7312 Fr. 80 Rp. ein und das Handelsgericht Brüssel verurtheilte den Einberger mit Entscheidung vom 3. Febr. 1885 zur Bezahlung dieser ganzen Summe.

B. Nunmehr handelte es sich um die Vollziehung der beiden Urtheile im Kanton Zürich. Laurrent et fils ließen den Einberger für die Urtheilssumme von 7312 Fr. 80 Rp. nebst 300 Fr. Gerichtskosten betreiben und erhielten vom Bezirksgerichtspräsidium Horgen Rechtsöffnung. Der Angesprochene rekurrirte aber und die Rekurskammer des Obergerichtes hob dann auch wirklich den erstinstanzlichen Entscheid auf und wies das Rechtsöffnungsgesuch mit Beschluß vom 15. Dezember ab, weil das Vorhandensein des für die Vollstreckbarkeit der belgischen Urtheile erforderlichen Requisites der Reciprocität ab Seite Belgiens zur Zeit nicht genügend festgestellt sei. Nunmehr betraten die Ansprecher den Weg des ordentlichen Prozesses, indem sie Ende November 1886 beim Handelsgericht Zürich Klage über die Streitfrage einleiteten, ob der Beklagte, Einberger, nicht schuldig sei, ihnen gestützt auf zwei Urtheile des Handelsgerichtes Brüssel 7312 Fr. 80 Rp. und 338 Fr. 40 Rp. Prozeßkosten zu bezahlen. Im Prozesse selbst stützten sie ihren Anspruch eventuell, d. h. für den Fall, als die Vollstreckbarkeit der belgischen Urtheile im Kanton Zürich nicht anerkannt werden sollte, auf den zwischen den Litiganten geschlossenen Vertrag und dessen Nichterfüllung.

C. Mit Urtheil vom 21. Januar 1887 hieß das Handelsgericht die Klage gut, verpflichtete also den Einberger zur Zahlung der eingeklagten Summe, jedoch nicht auf Grund der belgischen Urtheile, deren Vollstreckungsfähigkeit im Kanton Zürich Mangels der Reciprocität auf Seite Belgiens im Gegentheil verneint wurde, sondern auf Grund des zwischen den Litiganten zu Stande gekommenen Lieferungsvertrages bezw. dessen Nichterfüllung durch den Beklagten (siehe No. 4 dieser Blätter vom 1. März des laufenden Jahres).

D. Gegen dieses Urtheil reichte Einberger Nichtigkeitsbeschwerde ein. Als Nichtigkeitsgrund machte er geltend, daß das Handelsgericht zur Entscheidung der ihm vorgelegten Rechtsfrage gar nicht competent gewesen sei, weil:

1) die Frage, ob die belgischen Urtheile im Kanton Zürich vollstreckbar seien, sich nicht auf Handelsverhältnisse beziehe und deßhalb das Gericht nach § 95 des Rechtspflegegesetzes nicht hätte darauf eintreten sollen;

2) über die Frage der Urtheilsvollstreckung nach unsern Gesetzen nur im summarischen, nicht aber im ordentlichen Verfahren entschieden werden könne;

3) über die nämlichen Ansprüche, welche im gegenwärtigen Prozeß eingeklagt seien, bereits rechtskräftige Entscheide der belgischen Gerichte vorliegen und auch aus diesem, die Einrede der abgeurtheilten Sache rechtfertigenden Grunde nicht auf die Klage hätte eingetreten werden sollen,

Die angebliche Nichtbeachtung der letztgenannten Einrede der abgeurtheilten Sache wurde ferner als Verweigerung rechtlichen Gehörs bezeichnet und im gleichen Zusammenhang eventuell von aktenwidriger Annahme gesprochen.

Entscheidungsgründe:

1. Der Beschwerdesteller verlangt, daß das angefochtene Urtheil als nichtig erklärt werde, weil das Handelsgericht aus drei verschiedenen Gesichtspunkten nicht kompetent gewesen sei über die ihm vorgelegte Rechtsfrage zu entscheiden.

2. In erster Linie behauptet er, die Frage, ob die von den Gerichten in Brüssel zwi-

schen den Parteien gefällten Urtheile im Kanton Zürich vollstreckbar seien, beziehe sich nicht auf Handelsverhältnisse und daher hätte nach § 95 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege das Handelsgericht auf dieselbe nicht eintreten sollen.

3. Nun ist aber vor Allem zu beachten, daß das hiesige Handelsgericht über jene Frage im Sinne der Begehren des Beschwerdestellers entschieden, d. h. erkannt hat, jene Urtheile beligischer Gerichte dürfen gegen den Beklagten im hiesigen Kanton nicht vollstreckt werden und daß somit der letztere gar keinen Grund zu einer Beschwerde über diese Entscheidung hat, da ja durch dieselbe seine wirklichen und vermeintlichen Rechte in keiner Weise beeinträchtigt werden können.

4. Uebrigens stellt der Beschwerdesteller mit Unrecht in Zweifel, ob das Handelsgericht befugt gewesen sei, über die Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile zu entscheiden. In § 752 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege, welcher von dem Vollzuge ausländischer Civilurtheile handelt, findet sich keine ausdrückliche Bestimmung darüber, welcher Behörde der Entscheid über derartige Fragen zustehe, sondern derselbe sagt einfach, der „hierseitige Richter könne rechtskräftigen Urtheilen aus Staaten, mit denen keine dieses Verhältniß regelnden Staatsverträge bestehen, nach freier Würdigung aller Verhältnisse Vollziehung gewähren.“ Hieraus ist wohl zu schließen, der Gesetzgeber habe gewollt, daß es mit der Vollziehung ausländischer Civilurtheile ebenso gehalten werden solle, wie mit der Vollstreckung aller andern Rechtsansprüche, d. h. daß, falls die Ansprüche als liquid erscheinen, der Vollzug auf dem Wege des summarischen Verfahrens, bei Geldforderungen also vermittelst des Rechtstriebes begehrt werden könne, falls aber die Sache hiefür nicht einfach genug sei, der Entscheid über die Begründetheit des Anspruches dem ordentlichen Civilprozesse anheimfalle. Wenn es sich aber weiter fragt, bei welcher Gerichtsstelle im letztern Falle der Prozeß einzuleiten sei, so erscheint es als das Nächstliegende und offenbar von dem Gesetzgeber Gewollte, daß dasjenige Gericht über die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urtheiles entscheide, welches über die durch dieses Urtheil entschiedene Frage nach der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses und mit Hinsicht auf den streitigen Betrag dann zu entscheiden gehabt hätte, wenn ein Prozeß darüber auswärts noch nicht geführt worden wäre. Bezieht sich also der Streit auf Handelsverhältnisse und ist der Beklagte in das Handelsregister eingetragen, so hat hienach auch über eine actio judicati, beziehungsweise über die Frage der Vollstreckbarkeit des Urtheiles eines auswärtigen Gerichtes das Handelsgericht zu entscheiden. In diesem Sinne ist auch bisher in verschiedenen Fällen verfahren worden (Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege III S. 387; Schweiz. Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen IV S. 99).

5. Der Beschwerdesteller behauptet nun freilich weiter, über die Frage der Vollstreckung eines Urtheiles könne nach unsern Gesetzen ausschließlich im summarischen Verfahren entschieden werden und aus diesem Grunde sei das Handelsgericht zum Entscheide über die Vollstreckbarkeit jener belgischen Urtheile inkompetent gewesen. Allein die Kläger und Beschwerdegegner haben ja in der That zuerst die Vollstreckung jener Urtheile auf dem Wege des Rechtstriebes zu erlangen gesucht und auch für ihre auf dieselben gegründeten Ansprüche Rechtsöffnung ausgewirkt. Der Beschwerdesteller aber ist es gewesen, welcher mit der Behauptung, daß sich die vorliegende Streitfrage durchaus nicht zur Erledigung im summarischen Verfahren eigne, gegen die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten rekurrirt und bewirkt hat, daß die Rekurskammer des Obergerichtes entschied, die Bewilligung zur Exekution der fraglichen Urtheile könne vorläufig nicht ertheilt werden, sondern es bleibe dem Rekursgegner überlassen, entweder mit genügenden Nachweisen darüber, wie es in Belgien mit der Vollstreckung ausländischer Urtheile gehalten werde, neuerdings den Weg des summarischen Verfahrens oder aber den des ordentlichen Prozesses zu beschreiten. Wenn nun die Beschwerdegegner von diesen zwei Wegen den letztern gewählt haben, so steht es jedenfalls dem Beschwerdesteller, der ja

früher den Weg des ordentlichen Civilprozesses als den einzig richtigen erklärt hat, nicht an, sich hierüber zu beschweren. Aber auch sonst kann nichts dagegen eingewendet werden, daß die Beschwerdegegner, nachdem ein Versuch auf summarischem Wege zur Exekution zu gelangen, mißlungen war, sich mit ihrem nicht etwa auf Vollstreckung selbst, sondern nur auf Anerkennung der Vollstreckbarkeit gerichteten Rechtsbegehren an das Handelsgericht gewendet haben.

6. Gegen die Kompetenz des Handelsgerichtes, über diejenige Klage zu entscheiden, welche auf den Fall, daß die belgischen Urtheile nicht als bei uns vollstreckbar anerkannt werden sollten, gestützt auf den zwischen den Litiganten abgeschlossenen Vertrag und dessen Nichterfüllung angestellt wurde, hat der Beschwerdesteller mit Recht nichts eingewendet und seine Anfechtung des handelsgerichtlichen Urtheiles erscheint daher um so seltsamer, da ja, gesetzt auch die Frage der Vollstreckbarkeit der belgischen Urtheile wäre an ein anderes Gericht gewiesen und von diesem nach dem Begehren des Beschwerdestellers verneint worden, die Folge keine andere gewesen wäre, als daß auch dann schießlich das Handelsgericht auf Grundlage des Vertrages und der weitern Akten zu entscheiden gehabt hätte.

7. Als letzten Grund der angeblichen Inkompetenz des Handelsgerichtes macht der Beschwerdesteller geltend, daß über die nämlichen Ansprüche, welche im gegenwärtigen Prozesse eingeklagt seien, bereits rechtskräftig durch die belgischen Gerichte entschieden worden sei, mit andern Worten, es wird dem Handelsgerichte vorgeworfen, dasselbe habe die Einrede der abgeurtheilten Sache mit Unrecht als nicht stichhaltig erklärt. Nun würde aber, gesetzt dieser Vorwurf wäre gerechtfertigt, dadurch nicht die Einrede der Inkompetenz des Handelsgerichtes und daher auch nicht eine auf § 704 Ziffer 1 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege basirte Nichtigkeit seines Urtheiles begründet. Wenn nämlich in einem Prozesse der Antrag auf Abweisung der Klage wegen Vorhandenseins eines frühern, die nämliche Streitfrage rechtskräftig entscheidenden Urtheiles gestellt wird, so enthält dieser Antrag nicht eine Bestreitung der Kompetenz des im jetzigen Prozesse handelnden Gerichtes, welches ja vielmehr über die Einrede urtheilen und auf dieselbe gestützt die Klage abweisen soll. Es ist daher auch keine Rede davon, daß ein die Einrede der abgeurtheilten Sache mit Unrecht verwerfendes Gericht seine Kompetenz überschreite.

8. Allerdings hat nun mit Bezug auf die Verwerfung der erwähnten Einrede der Beschwerdesteller sich auch noch auf die Ziffern 6 und 7 des § 704 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege berufen; allein es kann dahin gestellt bleiben, ob, gesetzt, die Verwerfung der Einrede der abgeurtheilten Sache wäre aus unstichhaltigen Gründen erfolgt, sich dieses als eine Verweigerung rechtlichen Gehörs oder als Folge einer aktenwidrigen thatsächlichen Annahme auffassen ließe; denn offenbar ist die erwähnte Einrede mit vollem Rechte verworfen worden. Wer einer Klage die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegenstellt, sagt nämlich damit, er sei nicht schuldig, auf den gegen ihn eingeklagten Anspruch einzutreten, weil über denselben bereits in einem andern Prozesse zwischen den nämlichen Parteien rechtskräftig entschieden, somit auf für beide Theile verbindliche Weise festgestellt worden sei, ob und in welchem Umfange der fragliche Anspruch begründet sei; diese Einrede beruht also auf der Behauptung, es existire über die im Streite liegende Frage ein rechtskräftiges, zwischen den Parteien Recht schaffendes Urtheil. Nun hat aber ja der Beschwerdesteller immer behauptet, die in Brüssel in Sachen der Litiganten gefällten Urtheile haben im Kanton Zürich kein Recht auf Anerkennung und es ist auf seinen Antrag den genannten Urtheilen die Vollstreckung von den hiesigen Gerichten verweigert worden; er hat also selbst bewirkt, daß jenen Urtheilen keine Rechtskraft zukommt und es liegt offenbar eben so sehr ein Verstoß gegen die Logik als eine Verletzung von Treu und Glauben darin, wenn eine Partei mit Berufung auf ein auf ihr eigenes Begehren nicht vollstreckbar erklärtes Urtheil einer Klage die Einrede

entgegenstellt, die streitige Angelegenheit sei bereits rechtskräftig erledigt.

Schluss:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

2. Der Beschwerdesteller hat die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen und die Gegenpartei für heute mit 40 Frcs. zu entschädigen.

Der Art. 55 des Schw. O.-R.

(Auszug aus einem Urtheil der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 26. April 1887.)

Die in Zürich domicilirte Handelsfirma H. Thaysen & Cie. verkaufte am 23. Mai 1885 einem zürcherischen Rechtsagenten 28 Liter Weißwein à 55 Rp. per Liter, also im Gesammtfacturabetrage von 15 Fr. 40 Rp. Am 14. Dezember 1885 schrieb sie sodann an denselben: „Indem wir gerade mit unsern Buchauszügen beschäftigt sind, finden wir bei Ihnen noch die Factura vom 23. Mai a. c. mit 15 Fr. 40 offen, welche Kleinigkeit zu ordnen von Ihnen wahrscheinlich übersehen worden ist.“ Es erfolgte weder Antwort noch Zahlung und deßhalb schrieben die Gläubiger am 16. Januar 1886 unter Bezugnahme auf den ersten Brief: „Wir möchten Sie hiemit freundlich ersuchen, dem Ueberbringer dieß den Facturabetrag vom 23. Mai 1885 zu übermachen, damit wir unsere Bücher zum Abschluß bringen können.“ Der Adressat antwortete dem Ueberbringer dieses Briefes, einem Angestellten der Briefschreiber, er werde in den nächsten Tagen selber kommen und die Sache ordnen, er kam aber nicht und am 13. Februar 1886 erfolgte deßhalb eine dritte briefliche Mahnung des Inhalts: „Wir wiederholen unser Gesuch nachtrücklichst, mehr wegen der Ordnung in den Büchern als des kleinen Betrages wegen, für welchen eine so weitläufige Korrespondenz gar nicht nöthig sein sollte.“ Auch dieser Appell blieb ohne Erfolg, es kam weder Geld noch Antwort und nun ging den Gläubigern die Geduld aus. Am 2. März betrieben sie den Schuldner für 15 Fr. 40 Rp. laut Factur vom 23. Mai 1885 *nebst Verzugszins seit dem 1. Juni 1885*. Am 23. März 1886 wurde der Pfandschein ausgestellt und am folgenden Tage erschien der Schuldner bei den Gläubigern und offerirte Zahlung der 15 Fr. 40, *nicht aber des Zinses, für den er ebenfalls betrieben war*, die letztern verlangten auch diesen mit 60 Rp. und da die Zahlung desselben nicht erfolgte, so verweigerten sie auch die Annahme des Kapitalbetrages und in Folge dessen wurde gleichen Tages die Pfändung vollzogen. Mit Brief vom 26. März constatirte der Betriebene den Vorgang vom 24. und bemerkte: „Ich kann wirklich nicht begreifen, wie ein Handlungshaus für eine Bagatell von 15 Fr. 40 Zins verlangen kann und will, jedenfalls sind Sie die ersten von vielen großen Geschäftshäusern, mit denen ich schon verkehrt habe, die solch Ungebührliches verlangen und Sie sollten sich geniren, solches zu verlangen oder dann bemerken Sie den Zins in der Factur. Hätte ich geahnt, daß Sie die Unverschämtheit wirklich soweit treiben würden, so hätte ich Rechtsvorschlag ausgewirkt. Der Betrag von 15 Fr. 40 Rp. steht gegen Abstellung zur Disposition, andernfalls garantire ich Ihnen für keinen Sou.“

Am 8. April wurde den Gläubigern der Pfandschein zugestellt. Derselbe enthält 75 Nummern, meistens hausräthliche Gegenstände, daneben aber auch Bücher und unter diesen z. B. folgende: 19 Bände kantonale Gesetzessammlung, 3 Bände Privatrechtliches Gesetzbuch, 1 Band Obligationenrecht, 1 Band Zürcherische Rechtspflege, 7 Hefte Schlatter, Rechtskalender, 7 Hefte Commentar zum Obligationenrecht, 1 Band Wächter, Encyclopädie des Wechselrechtes, 1 Band Dr. Meili, Civil- und Strafprozeß. *Sämmtliche Pfänder, also auch die aufgeführten Bücher wurden von der Ehefrau des Schuldners als Eigenthum angesprochen* und es verlangten die Gläubiger den Eigenthumsausweis nicht, sondern stellten noch am gleichen 8. April, dem Tage der Empfangnahme des Pfandscheins, das Begehren um Einleitung der Schuldbetreibung *auf den Konkurs*. Am folgenden

Tage machten sie davon dem Vater des Schuldners briefliche Mittheilung, bemerkend: „Vielleicht vermögen Sie Ihren Sohn von einer fixen Idee, an der er zu leiden scheint, zu heilen, bevor die Fristen ablaufen.“

Am 13. April 1886 kam die Warnung vor dem Konkurse heraus und ihr folgte nach fruchtlosem Ablauf der gesetzlichen Frist die Durchführungsanzeige. Nunmehr wurde Konkurseröffnung verlangt, der Entsprechung des Begehrens vorangehend aber den Gesuchsstellern aufgegeben, die muthmaßlichen Konkurskosten vorerst mit 40 Fr. in baar zu vertrösten. Die Deposition dieser Summe erfolgte am 21. Mai und das Konkurseröffnungsdekret wurde ausgefertigt. Als die Gläubiger trotzdem auch am 29. Mai 1886 noch keine Zahlung erhalten hatten, schrieben sie dem Vorstand der „Confidentia“, Organ des schweizerischen Creditschutzvereins, daß er ihren Schuldner in der nächsten Nummer des Blattes (vom 8. Juni) unter der Rubrik: „Leere Pfandscheine“ publiciren möchte, am 1. Juni erhielten sie Bestätigung dieses Schreibens und in der Nummer der „Confidentia“ vom 8. Juni 1886 erschien dann wirklich der Name ihres Schuldners unter der Rubrik: „Leere Pand- und Schatzungsscheine“. Am gleichen Tage zahlte endlich der Betriebene Kapital, Zinsen und Kosten mit 19 Fr. und es erfolgte darauf die Wiederaufhebung des noch nicht publizirten Konkurses. Die Rücknahme der Publikation in der „Confidentia“ war natürlich nicht mehr möglich.

Am 11. Juni 1886 schrieb der nunmehr seinen Verpflichtungen nachgekommene Schuldner der Redaktion der „Confidentia“, daß er sowohl sie wie die Firma Thaysen & Cie. wegen Verleumdung verklagen werde, *bemerkend*: *»Jedenfalls bin für 15 Fr. 40 noch gut genug und habe auch Pfänder genug.«* Diese Klage scheint nicht erhoben worden zu sein, dagegen betrat der Betreffende am 6. Dezember 1886 den Civilweg, indem er die Firma Taysen & Cie. auf Bezahlung einer Schadenersatzsumme von 1000 Fr. belangte. Die friedensrichteramtliche Weisung ging am 3. Februar 1887 beim Bezirksgericht Zürich ein und es führte Kläger in der Hauptverhandlung vom 16. gl. Mts. zur Begründung seines Anspruches an:

1. Die Beklagten haben ihm selbst ein Exemplar der „Confidentia“ vom 8. Juni 1886 zugeschickt, um ihn ja recht zu ärgern.
2. Durch die betreffende Publikation sei er in eine etwas mißliche Lage gerathen, sein Geschäftsverkehr habe in hohem Grade darunter gelitten; während er vorher auf seinem Geschäftsbureau ordentliche Einnahmen gehabt, seien diese gestört worden und liege somit eine Schädigung seiner ökonomischen und beruflichen Interessen vor. Dritte Creditoren haben ihn zu drängen begonnen und dieß sei von um so größerer Bedeutung gewesen, als er damals in Folge der Uebernahme des Nachlasses seines verstorbenen Vaters ökonomisch etwas zurückgekommen gewesen sei.
3. Sei nach dem Gesagten davon auszugehen, daß jene Publikation eine ernstliche Verletzung seiner persönlichen Verhältnisse zur Folge gehabt habe, so müssen die Beklagten als Urheber derselben *gemäss Art. 55* des O.-R. zur Zahlung einer angemeßenen Geldsumme verurtheilt worden, falls sich die von ihnen veranlaßte Publikation in der „Confidentia“ als eine unerlaubte Handlung darstelle und dieß sei natürlich der Fall. Das Motiv des beklagtischen Vorgehens sei persönliche Rache, man habe dritte Personen zum Aufsehen mahnen und dadurch den Kläger schädigen wollen, denn daß der Zweck der Publikation nicht der gewesen sein könne, die Gläubigerstellung der Beklagten zu verbessern, liege auf der Hand.

Zur Erhärtung der behaupteten Creditschädigung produzirte der Kläger folgenden am 29. Juli 1886 von Adolf Bühler in Thalweil an ihn gerichteten Brief: „Soeben geht mir der Ihnen rechtzeitig avisirte Wechsel per 30 Fr. 80 mit 2 Fr. 50 Spesen retour, somit total 33 Fr. 30, welchen Betrag Sie mir umgehend einzusenden belieben. Da ich Sie mit leerem Pfandschein in der „Confidentia“ ausgeschrieben fand, so würde natürlich bei

Nichtentsprechen nicht anstehen, Sie in den Zürcher Blättern sofort ausschreiben zu lassen und bei Rechtsaufgang sofort die geeigneten Vorkehren zu treffen."

Die Beklagte trug auf Verwerfung der Klage an. Daß sie dem Kläger ein Exemplar der „Confidentia" vom 8. Juni 1886 zugeschickt habe, werde bestritten und im Fernern nicht anerkannt, daß demselben aus der Publikation irgend ein effectiver Schaden erwachsen sei. Es könne aber auch von einem Anspruch auf Genugthuung keine Rede sein. Eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse des Klägers liege nicht vor, namentlich auch nicht mit Bezug auf dessen Creditfähigkeit, was ja einzig in Frage kommen könne, denn in dieser Richtung habe derselbe gar nicht mehr geschädigt werden können. Schon früher sei derselbe beständig am Rechtstrieb gewesen und habe sich für die kleinsten Forderungen stets bis zum Aeußersten betreiben lassen. Von einer unerlaubten Handlungsweise ihrerseits könne nicht die Rede sein. Die „Confidentia" sei ein Vereinsorgan und nicht ein öffentliches Blatt, sie werde nur den Vereinsmitgliedern zugesandt, ihr Zweck bestehe darin, die letztern auf zahlungsflüchtige Schuldner aufmerksam zu machen und dieser Zweck sei gewiß ein berechtigter. An Rache habe Niemand gedacht, der Kläger sei selbst schuld, daß er sie genöthigt, so vorzugehen, nach Anerkennung der Betreibung sei die Verweigerung des Zinsbetrages eine unberechtigte gewesen etc.

Die „Confidentia" vom 8. Juni 1886 enthält ein Verzeichniß derjenigen öffentlichen Lokale, in denen sie zu lesen ist und unter diesen sind auch die Hôtels Central, National und Habis in Zürich aufgeführt. Ferner empfiehlt sich das Blatt selbst zur Aufnahme von Annoncen, unter Anderm bemerkend, daß die „Confidentia" in der ganzen Schweiz sozusagen von jedem Geschäftsmann gehalten werde *und in vielen Hôtels und Wirthschaften aufliege.*

Die „Zürcher Post" vom 1. Dezember 1886 erwähnt eines Urtheils des bernischen Appellationshofes, durch welches eine Basler Firma, die einen Solothurner Geschäftsmann in der „Confidentia" unter der Rubrik: „Uneinziehbare Forderungen im Allgemeinen" habe auskünden lassen, zu einer Entschädigung von 700 Fr. verurtheilt worden sei. Dabei ist bemerkt: „Im Prozesse war festgestellt, daß der Kläger ein durchaus gut beleumdeter und seine Verpflichtungen prompt erfüllender Mann sei. Nach dem Erscheinen jener Ankündigung aber wurde er mehrfach in Betreibung gesetzt und es erzeigte sich, daß sein Credit schwer geschädigt worden war."

In ihrer Nummer vom 8. Dezember 1886 erwähnt die „Confidentia" des obigen Urtheils in einer Anmerkung, mit dem Zusatz, daß seither keine solchen Publikationen, und wenn sie noch so gerechtfertigt gewesen, mehr vorgekommen seien. Die Liste der schlechten Zahler bleibe zurück zur Verwendung des Informationsbureaux.

Auf dieses Urtheil hat sich der heutige Kläger berufen.

Mit Urtheil vom 16. März 1887 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage ab, indem es sich in der Hauptsache auf folgende Erwägungen stützte:

1. Der Art. 55 des O.-R., auf den Kläger seinen Anspruch stütze, überlasse es seinem Wortlaute nach: „so *kann* der Richter auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine angemessene Geldsumme erkennen", dem freien Ermessen des letztern, im einzelnen Fall eine Genugthuungssumme zuzusprechen oder nicht.

2. Dieß dürfe jedenfalls nur dann geschehen, wenn:
   a. dem Beklagten ein widerrechtliches außervertragliches Handeln zur Last falle, und
   b. durch dieses Handeln die persönlichen Verhältnisse des Klägers ernstlich verletzt worden seien.

3. Hienach entstehe zunächst die Frage, ob die von den Beklagten veranlaßte Auskündung des Klägers an und für sich betrachtet, eine unerlaubte Handlung sei. Dieselbe wäre einfach zu bejahen, wenn man annehmen müßte, daß überhaupt jede Auskündung eines Schuldners und die Veröffentlichung seiner Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsflucht sich als widerrechtlich charakterisire, dieß sei jedoch nicht der Fall, sondern es

müsse jedes Mal untersucht werden, aus welchen Motiven und unter welchen Umständen die Veröffentlichung erfolgt sei. Wenn ein Creditschutzverein Listen drucken lasse, in welchen die von den Vereinsmitgliedern bezeichneten Personen als insolvente Schuldner aufgeführt seien, und wenn er diese Listen zur Verfügung der einzelnen Mitglieder halte und ihnen behufs Prüfung der Creditwürdigkeit von Personen, mit denen sie contrahiren wollen, zur Einsicht übersende, so verfolge er durchaus rechtliche und erlaubte Zwecke. Die Vereinsgenossen werden auf vertraulichem Wege davor gewarnt, solchen Personen Credit zu gewähren, die denselben nach der Ansicht des einen oder andern Vereinsgenossen nicht verdienen. Werden dagegen die genannten Listen auch Andern als Vereinsmitgliedern, die, sei es gar kein, sei es kein dringendes und gegenwärtiges Interesse an der Kenntnißnahme von den schlechten Vermögensverhältnissen und der Creditunwürdigkeit einzelner Personen haben, — zugänglich gemacht, so überschreite der Verein die Grenzen seiner Befugnisse, er handle nicht mehr innerhalb des ihm bei seiner Constituirung vorgezeichneten Zweckes, ausschließlich seine Mitglieder beim Creditgeben an Andere zu schützen. Indem er auch Nichtmitgliedern diese oder jene Person als schlechten Zahler denuncire, wolle er diese ebenfalls von dem Creditgeben an letztere abhalten und mache sich einer unerlaubten Handlung schuldig. Von den gleichen Anschauungen über die Tragweite und Zulässigkeit der Veröffentlichung der Namen der zahlungssäumigen und zahlungsunfähigen Schuldner gehe auch der Appellhof in Genf in seinem in der Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechtes, V. Band, Seite 34 u. folgd. abgedruckten Urtheile vom 13. Dezember 1886 aus. In diesem, wie in dem Urtheile des Berner Appellationsgerichtes aus dem Jahre 1886 werde die Veröffentlichung der Namen schlechter Zahler oder böswilliger Schuldner auch in dem Falle als unerlaubt und tadelnswerth betrachtet, als sie mit Umgehung des durch die Gesetze vorgeschriebenen Weges der Einziehung und Eintreibung einer Forderung und als ein moralisches Pressionsmittel gegen die Schuldner benutzt werde.

4. Ausgehend von diesen Gesichtspunkten könne die von den Beklagten veranlaßte Auskündung des Klägers nur insoweit als eine unerlaubte Handlung angesehen werden, als die fragliche Nummer der „Confidentia" nicht bloß den Vereinsmitgliedern und um diese vor unbedachtem Kreditgeben zu schützen, sondern auch andern Personen mitgetheilt oder mindestens zugänglich gemacht worden sei und daß dieß geschehen, ergebe sich ohne Weiteres daraus, daß die „Confidentia", wie sie selbst ankündige, in einer großen Menge öffentlicher, auf dem ganzen schweizerischen Gebiet vertheilter Lokale zur Einsicht aufliege. Dadurch seien eine Reihe von Personen, die zum Kläger in gar keinem Verkehr stehen und nicht das entfernteste Interesse haben, dessen pecuniäre Lage resp. Creditwürdigkeit kennen zu lernen, von seiner mißlichen Vermögenslage und Creditunwürdigkeit unterrichtet worden. Diese Verbreitung der Auskündigung über den begrenzten Kreis von Interessenten hinaus, sei und bleibe auch dann widerrechtlich, wenn, wie hier, die Betreibung des Klägers nur wegen einer geringfügigen Forderung der Beklagten stattgefunden und der Kläger mit der Zahlung bis zur Eröffnung des Konkurses zugewartet habe.

5. Den Beklagten gereiche dagegen nicht zum Vorwurf, daß sie die Annahme und Quittirung des Forderungsbetrages von der gleichzeitigen Zahlung der ihnen nach gesetzlicher Vorschrift gebührenden Verzugszinsen abhängig gemacht, auf deren Zahlung beharrt und durch den Vater des Klägers diesen zu bestimmen gesucht haben, die Forderung auf gütlichem Wege zu reguliren. Daß die Beklagten dem Kläger am 11. Juni 1886, wie um ihn zu verhöhnen und zu verletzen, ein Exemplar der „Confidentia" zugesandt haben, sei bestritten und nicht bewiesen.

6. Ungeachtet des die Beklagten belastenden Umstandes, daß von der mißlichen Vermögenslage des Klägers und den gegen ihn angestrengten Zwangsmaßregeln durch die zu weit gehende Verbreitung der „Confidentia" auch fremden, unbetheiligten und unberufenen

Personen Mittheilung gemacht worden sei, können sie doch nicht schadensersatzpflichtig erklärt werden, weil der Kläger nicht nachgewiesen habe, daß er durch die Verbreitung seiner Zahlungsunfähigkeit in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden sei und sich im Gegentheil ergebe, daß eine solche Verletzung nicht habe eintreten können und nicht eingetreten sei. Daß ein effectiver Vermögensschaden eingetreten, sei nachzuweisen nicht einmal versucht worden, denn natürlich genüge die Bemerkung nicht, daß Kläger vor dem Erscheinen der „Confidentia" vom 8. Juni 1886 in seinem Geschäftsbetriebe regelrechte Einnahmen gehabt habe, die nachher gestört worden seien, sondern es hätte zum wenigsten eine vergleichende Uebersicht der Einnahmen vor und nach dem Erscheinen des Blattes beigebracht werden müssen. Nun könne allerdings dem Verletzten auch für moralische Leiden eine angemessene Geldsumme zuerkannt werden und davon ausgehend frage sich, ob der Kläger für die bloße Gefährdung seines Credites und Ansehens bei seinen Mitmenschen, insbesondere bei dem geschäftssuchenden Publikum Entschädigung fordern könne. Ein solcher Anspruch setze, wie auch in dem citirten Urtheil des Berner Appellationsgerichtes ausgeführt werde, voraus, daß der Kläger bis zu seiner Auskündung ein gut beleumdeter, seine Verpflichtungen stets prompt erfüllender Mann gewesen und daß er erst nach jener Auskündung mehrfach in Betreibung gesetzt worden sei. Der Kläger gebe aber selbst zu, daß seine ökonomische Lage schon vor der Auskündung in Folge der Uebernahme der Erbschaft seines Vaters eine bedrängte gewesen sei. Ferner sei gerichtsnotarisch, daß der Kläger schon lange vor der Auskündung beständig am Rechtstrieb gewesen und daß er es selbst wegen der geringfügigsten Schulden wiederholt bis zur Konkurseröffnung habe kommen lassen ehe er diese Schulden berichtigt habe. Endlich spreche die dem Gericht bekannte Thatsache gegen den guten Leumund des Klägers, daß er vor einiger Zeit in eine Strafuntersuchung wegen Unterschlagung verwickelt gewesen sei. Unter diesen Umständen könne von einer Gefährdung des Credites des Klägers in Folge der Auskündung nicht gesprochen werden, sein Credit sei schon vorher erschüttert und auf ein Mindestmaß gesunken gewesen. Ein allfälliges weiteres Sinken desselben habe er auch nur sich selbst und seinen hinreichend bekannt gewordenen Bestrebungen, sich jeweilen der Zahlungspflicht zu entziehen oder die Erfüllung derselben möglichst zu verschleppen, zuzuschreiben.

Der Kläger appellirte gegen dieses Urtheil, wurde aber auch zweitinstanzlich abgewiesen und zwar

aus folgenden Gründen:

1. Vor erster Instanz ist die Klage damit begründet worden, daß die Beklagten den Kläger mittelst der Publikation in der „Confidentia" in seinen Berufsinteressen in erheblichem Maße geschädigt haben, allein der Kläger ist jeden dießfälligen Nachweis schuldig geblieben, namentlich in der Richtung, daß, wie er behauptet hat, in Folge der Publikation die Einnahmen in seinem Bureau „gestört" worden seien. Dafür, daß von einer ernstlichen Schädigung des geschäftlichen Credits des Klägers keine Rede sein kann, ist lediglich auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Urtheils zu verweisen.

2. Zweitinstanzlich hat der Kläger mehr darauf abgestellt, daß in der fraglichen Publikation unter allen Umständen eine widerrechtliche Bloßstellung und Herabwürdigung liege und dadurch seine persönlichen Verhältnisse ernstlich verletzt worden seien. Wenn nun auch zuzugeben ist, daß auch für moralische Leiden, die in rechtswidriger Weise zugefügt werden, eine Entschädigung zugesprochen werden kann, so steht der Gutheißung der Klage entgegen, daß den Kläger ebenfalls ein Verschulden trifft. Derselbe hat, nachdem ihn die Beklagten im Dezember 1885, Januar und Februar 1886 in schonender Weise an die Zahlung der schon im Mai 1885 entstandenen Schuld gemahnt hatten und ihnen darauf nichts als die Anhebung des Rechtstriebes übrig blieb, sich mit Brief vom 26. Mai 1886 in beleidigender Weise gegen sie gerichtet und sodann die Betreibung bis zur Vertröstung der Auffallskosten

vorrücken lassen. Wesentlich diesem durchaus verwerflichen Verhalten aber ist es zuzuschreiben, daß dann die Beklagten zu der Publikation Zuflucht nehmen zu können glaubten und bei dieser Sachlage rechtfertigt es sich, in Anwendung der Bestimmung des zweiten Satzes des Art. 51 des O.-R., die Beklagten von jeder Ersatzpflicht zu entbinden.

Anderweitige Auszüge

aus Urtheilen der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

I.

Streit über die Frage der Fortdauer einer zur Sicherung von Weibergut errichteten freiwilligen Pfandverschreibung.

Ein Ehemann errichtete am 16. Dezember 1882 zu Gunsten seiner Frau behufs weiterer Deckung ihrer bereits durch Weibergutsversicherungsbrief sichergestellten Weibergutsforderung von 10,000 Fr. noch eine freiwillige Pfandverschreibung, in welcher bestimmt wurde, daß die 10,000 Fr. in fünf gleichen Jahresraten per 1. Dezember 1883 bis 1. Dezember 1887 zurückzuzahlen seien und das Pfandrecht bis zur gänzlichen Tilgung der Schuld bestehen solle. Nachdem dann die Gläubigerin der Pfandverschreibung am 8. Oktober 1884 von ihrem Ehemann geschieden worden war, cedirte sie ihre Forderung laut Weibergutsversicherung und Pfandverschreibung an einen Dritten und dieser meldete solche sodann in dem am 12. November 1886 über den Schuldner ausgebrochenen Konkurse an und machte namentlich auch ein Pfandrecht geltend an den in der Pfandverschreibung genannten Gegenständen. Diese Pfandrechtsansprache wurde bestritten und von beiden Instanzen verworfen, von der zweiten

aus folgenden Gründen:

Der Art. 885 des O.-R. knüpft die Fortdauer des durch freiwillige Verpfändung begründeten Mobiliarpfandrechtes an die Fälligkeit der Forderung. Diese ist in concreto, wie aus § 211 des P.-R. G.-B. erhellt, mit Vollzug der Scheidung ipso jure eingetreten und es hätte, da das schweiz. O.-R. in diesem Zeitpunkt bereits in Kraft getreten war, der Pfandgläubigerin obgelegen, innert 6 Monaten auf Realisirung ihres Pfandrechts zu dringen, wenn sie dessen Verlust verhindern wollte. Eine erst damals getroffene Vereinbarung, weiter Stundung zu gewähren, wäre für den Bestand des Pfandrechtes ohne Bedeutung gewesen, weil der Gesetzgeber die den Inhabern solcher Pfandrechte in Art. 885 gewährte Vergünstigung natürlich nicht in der Weise ausdehnen wollte, daß er es in das Belieben der Kontrahenten gestellt hätte, den Fälligkeitstermin der Forderung durch eine erst *nach* Inkraftretung des Gesetzes getroffene Verständigung hinauszuschieben. Dagegen würde es sich nun allerdings anders verhalten, wenn angenommen werden könnte, es seien die bei Errichtung der Pfandverschreibung festgesetzten Zahlungstermine unbedingt auch für die Zeit nach Auflösung der Ehe maßgebend gewesen, denn dannzumal wäre beim Konkursausbruch ein Theil der Weibergutsforderung überhaupt noch nicht und ein anderer Theil derselben noch keine 6 Monate fällig gewesen. Jene Festsetzung der Zahlungstermine war nun aber während der Dauer der Ehe unverbindlich, weil sie einen Entzug der dem Ehemann am Vermögen der Frau zustehenden Verwaltung, also eine vertragliche Abänderung des gesetzlichen ehelichen Güterrechtes enthielt und somit zu ihrer Gültigkeit der gerichtlichen Genehmigung bedurft hätte, vollends aber war die Ehefrau des Cridaren daran nicht gebunden, nachdem die Ehe durch gerichtliche Scheidung aufgelöst worden war. Es ließe sich zwar die Rechtsauffassung denken, daß in der die Rükzahlung des Frauenvermögens bestimmenden Vereinbarung vom Jahr 1882 kein nichtiges, sondern nur ein sogenanntes hinkendes Rechtsgeschäft gelegen habe, welches durch den nach Beendigung der Ehe ertheilten Consens der Frau J. Rechtsgültigkeit erlangt hätte mit der Wirkung, wie wenn es von Anfang an unanfechtbar bestanden hätte, allein wenn man diese Auf-

fassung auch theilen sollte, so ist sie deßwegen ohne Bedeutung, weil für einen derartigen nachträglichen Consens der Frau J. keinerlei Beweis vorliegt. *(9. April 1887.)*

II.

Entschädigungsanspruch eines weggewählten Lehrers auf Grund von Art. 64 der zürcherischen Kantonsverfassung.

Auf Grund von Art. 64 der kantonalen Verfassung wurde dem Fiscus eine Entschädigung von 3000 Fr. an den Lehrer F. aufgelegt, welcher von der Schulgemeinde Neubrunn im Jahre 1864 lebenslänglich angestellt worden war, dann aber bei der drittmaligen Wiederkehr der durch Verfassung und Wahlgesetz von 1869 eingeführten periodischen Erneuerungswahl im Jahre 1886 nicht mehr bestätigt worden ist. In der Urteilsbegründung wird hervorgehoben, daß sich die bezügliche Entschädigungspflicht des Staates nicht etwa bloß auf Fälle der Nichtwiederwahl beim erstmaligen Eintritt der Bestätigungswahlen beziehe, daß der Entschädigungsanspruch mit dem Momente der Nichtbestätigung begründet werde und unabhängig sei von der Möglichkeit allfälliger Wiederwahl in einer andern Gemeinde und daß die Entschädigung nicht etwa auf den nachgewiesenen direkten Schaden zu beschränken, sondern „nach Maßgabe der Dienstjahre und Dienstleistungen“ nach freiem Ermeßen in einer Aversalsumme festzusetzen sei. Als Anhaltspunkte zur Fixirung der Entschädigungssumme dienten die einem bezüglichen Gesetzesentwurfe nachgebildeten Bestimmungen eines regierungsräthlichen Reglements von 1875 sowie ein Urteil des Kassationsgerichtes vom 28. Oktober 1878 in Sachen Lehrer Trachsler. *(2. April 1887.)*

III.

Zur Frage der Passivlegitimation des Vorstandes einer öffentlichen Corporation.

Ueber die Passivlegitimation des Vorstandes einer öffentlichen Corporation (Güterkommission Wiedikon) wurde gesagt: Die Praxis hat von jeher als selbstverständlich erachtet, daß ein solcher Vorstand als Vertreter der Corporation klage und beklagt werde, auch wenn dieß nicht ausdrücklich hervorgehoben wird mit Ausnahme des Falles, wo nicht der Vorstand als Behörde, sondern die einzelnen Mitglieder desselben als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden. *(2. April 1887.)*

IV.

Die Bestimmungen kantonaler Prozessgesetze über den Umfang der von einem Anwalt gegenüber seinem Clienten zu prästirenden Sorgfalt in der Geschäftsführung müssen als durch das Schweizerische Obligationenrecht aufgehoben betrachtet werden.

Der Metzger Moritz Weiller in Gassen-Zürich beauftragte einen Aargauer Anwalt mit der Führung eines Prozesses gegen Wegmann-Honegger in Ennet-Baden vor dem dortigen Bezirksgericht. Er siegte ob, gleichwohl aber wurde ihm vom Gericht der übliche Ersatz der Kosten nicht zugesprochen, weil in der Klageschrift kein dießbezüglicher Antrag gestellt war. Als ihm nun der Anwalt Rechnung stellte im Betrage von 229 Fr. 30 Rp., bestritt er die Zahlungspflicht bezüglich des noch ausstehenden Restes von 129 Fr. 30 und verlangte die bereits bezahlten, bezw. vorgeschossenen 100 Fr. auf dem Wege der Widerklage zurück, weil er vom Ansprecher dadurch, daß derselbe als sein Beauftragter und Vertreter in der Prozeßführung den Antrag auf Zusprechung des üblichen Kostenersatzes zu stellen unterlassen habe, bis auf den Betrag der gestellten Rechnung von 229 Fr. 30 in fahrlässiger Weise geschädigt worden sei. Der Einzelrichter des Bezirksgerichtes Zürich hieß jedoch die Klage im ganzen Umfange gut und verwarf dagegen die Widerklage seines Gegners. Nach den vorliegenden Umständen sei nämlich die Unterlaßung des Antrages auf Kostenerstattung nur als *leichte* Fahrlässigkeit anzusehen und da nach § 60 der aargauischen bürgerlichen Prozeßordnung der Sachführer nur für Nachtheile, die er mit böser Absicht oder *grobem*

Versehen verschuldet, aufzukommen habe, so falle hier die Haft außer Betracht. Die angeführte Gesetzesstelle sei nämlich als stillschweigender Bestandtheil des Auftragsvertrages mit einem aargauischen Anwalt anzusehen und es sei dadurch die in Art. 113 des O.-R. als Regel aufgestellte Haft für *jede* Fahrlässigkeit wegbedungen, was nach Art. 114 zulässig sei.

Gegen dieses Urtheil reichte Weiller die Nichtigkeitsbeschwerde ein und es wurde dieselbe gutgeheissen und sodann ein neues Urtheil dahin gehend ausgefällt, dass der Nichtigkeitsbeklagte für den durch Nichtstellung des Antrages auf Zusprechung des üblichen Kostenersatzes dem Nichtigkeitskläger verursachten Schaden, welcher auf 150 Fr. anzusetzen sei, aufzukommen und desshalb nicht nur nichts mehr zu fordern habe, sondern gegentheils von den bereits empfangenen 100 Fr. wieder 20 Fr. 70 Rp. zurückerstatten müsse.

Gründe:

1. Der vom Kassationskläger angeführte Nichtigkeitsgrund der Verletzung klaren Rechtes (§ 704 Ziff. 9 des Rechtspflegegesetzes) ist offenbar zutreffend. Schon die Theorie, daß dispositives Gesetzesrecht, welches mangels ausdrücklicher Vertragsbestimmungen zur Anwendung gebracht wird, zu dieser Anwendung komme in Folge einer Vermutung, die Parteien haben sich stillschweigend in diesem Sinne vereinbart, ist eine sehr bestrittene. Jedenfalls ist auch da, wo sie bei einzelnen Rechtsinstituten eine gewisse Berechtigung zu haben scheint, wie z. B. beim ehelichen Güterrecht des franz. Rechtes, die Berufung auf ein *aufgehobenes* Gesetz als unstatthaft erklärt. (Vgl. Code civil und bad. Landrecht, Art. 1390). Daß aber Art. 60 der aargauischen Civilprozeßordnung durch das Schweizerische Obligationenrecht außer Kraft gesetzt wurde, steht außer Zweifel, denn durch Art. 64 der Bundesverfassung ist dem Bunde das Gesetzgebungsrecht über das Obligationenrecht übertragen und soweit er dasselbe ausgeübt und nicht ausdrückliche Vorbehalte zu Gunsten der kantonalen Gesetzgebung gemacht hat, ist mit dem Tage des Inkrafttretens der Bundesgesetzgebung das kantonale Gesetzgebungsrecht dahingefallen. Nun hat der Bund in dem Abschnitte des Obligationenrechts über den Auftrag (Art. 392 bis 405) das Rechtsverhältniß zwischen Anwalt und Auftraggeber geregelt, denn daß sich diese Vorschriften auch auf Anwälte beziehen, welche, wie im Kanton Aargau, zur Ausübung ihres Berufes der obrigkeitlichen Bewilligung (Patentirung) bedürfen, geht aus Art. 393 hervor. Umgekehrt betreffen die Ausnahmen des Art. 405 den vorliegenden Fall nicht; der Prozesse führende Anwalt *vermittelt* keine Geschäfte. Auch ist in diesem Kapitel des O.-R. kein Ortsgebrauch vorbehalten, wie dies an andern Orten geschehen ist, ganz abgesehen davon, daß Art. 60 der aargauischen Prozeßordnung denn doch kaum als Bezeugung eines Ortsgebrauchs angesehen werden könnte. Kommt aber das schweiz. Obligationenrecht zur Anwendung, so ist — wie auch der Einzelrichter annimmt, die in Art 393 grundsätzlich festgestellte Haftpflicht ihrem Umfange nach gemäß Art. 113 des O.-R. zu bestimmen und es ist die Begründung des angefochtenen Entscheides, daß die Haft für leichte Fahrlässigkeit hier von vornherein ausgeschlossen sei, eine mit klarem gesetzlichem Recht in offenbarem Widerspruch stehende, weßhalb das Erkenntniß aufgehoben werden muß und gemäß § 712 des Gesetzes über die Rechtspflege von der Kassationsinstanz ein neues Urtheil zu fällen ist.

2. Es ist daher von Neuem zu untersuchen, ob und welcher Schaden dem Kassationskläger entstanden sei und ob dieser Schaden sich auf ein vertragliches Verschulden des Kassationsbeklagten zurückführen lasse. Vorerst die Frage des *Verschuldens* betreffend, ist unzweifelhaft die Unterlassung des Kostenerstattungsantrages unter der Herrschaft eines Gesetzes, das diesen Antrag nicht als selbstverständlich für überflüssig erklärt, als fahrlässige Verletzung der vom Anwalt übernommenen Verpflichtung, den Prozeß sorgfältig und mit Sachkenntniß durchzuführen, anzusehen. Daß ein Klient die Schriftstücke unterschreibt, ist gewiß als Billigung des Inhaltes und Entlastung des Anwaltes von der Ver-

antwortlichkeit für die *thatsächliche* Darstellung auszulegen, nicht aber auch als Billigung der dem Anwalt als Sachverständigem allein verständlichen prozessualischen Formen, für deren sorgfältige Beobachtung er dem Auftraggeber haftet. Vergleiche als Analogie das Verhältniß des Bestellers zu dem sachkundigen Unternehmer eines Werkes nach dem Art. 356 des Obl.-R. Auch kann nicht eingewendet werden, daß die in der Hauptsache richtige und erfolgreiche Thätigkeit des Anwalts von der Haft für die Nebenfolgen, mit Bezug auf welche etwas versäumt worden, entbinde; wäre er in der Hauptsache ebenso fahrlässig verfahren, so hätte ihn einfach eine weitergehende Verantwortlichkeit getroffen.

3. Mit Rücksicht auf den behaupteten *Schaden* steht einmal aktengemäß fest, daß in Folge der Versäumung des Antrages das Gericht keinen Kostensersatz zugesprochen hat. Es ist dies im Urtheile ausdrücklich bemerkt und ergibt sich auch aus § 376 der aargauischen Prozeßordnung. Nach § 377 Absatz 2 daselbst umfaßt die Kostenerstattung die Gerichts- und die Anwaltsgebühren. Die Kostenerstattung durch die unterliegende Partei ist Regel; daß einer der Ausnahmsfälle der §§ 377 und 378 hier vorliege, ist nicht einmal behauptet und noch weniger nachgewiesen worden. Ebenso käme die Einwendung, daß auch im Falle der Verurtheilung der Kassationskläger den Betrag doch nicht von der Gegenpartei hätte erhältlich machen können, doch wohl erst dann in Betracht, wenn die totale Insolvenz der Gegenpartei naahgewiesen worden wäre.

4. Dagegen ist, was *den Betrag des Schadens* anbetrifft, richtig, daß nur diejenigen Posten der Anwaltsrechnung in Betracht kommen können, zu deren Ersatz bei richtiger Prozeßführung der Gegner des Nichtigkeitsklägers verurtheilt worden wäre und diese machen bloß den Betrag von 150 Fr. aus (was näher nachgewiesen wird), sodaß Weiller an die an sich unbestrittene Anwaltsrechnung 79 Fr. 30 Rp. zu bezahlen hätte, und da der geleistete Kostenvorschuß 100 Fr. beträgt, 20 Fr. 70 Rp. zurückzuverlangen berechtigt ist, in welchem Umfange die Widerklage gutgeheißen werden muß, woraus dann von selbst die Abweisung der Hauptklage folgt. (7. Mai 1887.)

V.

Zum Artikel 202. Absatz 2 des Schweiz. O.-R.

Im Konkurse eines Schuhwaarenhändlers vindicirte ein Dritter die sämmtlichen im Aktivetat aufgeführten Schuhwaaren, indem er geltend machte, daß er den einen Theil derselben dem Gemeinschuldner allerdings bis im Mai 1886 verkauft, dann aber am 15. des genannten Monats behufs Deckung seines damaligen Guthabens wieder zurückgekauft, dem Verkäufer jedoch gleichzeitig commissionsweise überlassen und den zweiten Theil der Waaren dem Gemeinschuldner seit dem 15. Mai 1886 bis zum Konkursausbruch (November 1886) überhaupt nur in Kommission gegeben habe. In Folge Bestreitung der Ansprache mußte unter Anderm auch die Frage entschieden werden, ob das angebliche Uebereinkommen vom 15. Mai 1886, vorausgesetzt, das Zustandekommen desselben sei überhaupt erweisbar, gegenüber den Einsprechern nicht auf Grund von Art. 202 Absatz 2 des O.-R. als unwirksam zu erklären sei. *Die zweite Instanz verneinte die Frage.*

Gründe:

Was nun vorerst das Uebereinkommen anbetrifft, demzufolge die Lieferungen, welche die Rekurrenten bis zum 15. Mai gemacht wieder in ihr Eigenthum zurücktreten und dem Konkursiten nur kommissionsweise anvertraut bleiben sollten, so ist ein solches nach Art. 202 des O.-R. gestattet und möglich und Dritten gegenüber nur dann unwirksam, wenn eine Benachtheiligung derselben beabsichtigt wurde. Eine solche Benachtheiligung Dritter liegt jedenfalls dann vor, wenn durch ein solches Geschäft Vermögensstücke des Gemeinschuldners schlechthin verschleppt worden sind, wie in dem von Schneider und Ficks Commentar zu Art. 202 gegebenen Beispiel. Wo es sich dagegen um die Deckung einer fälligen und wirklichen Schuld handelt, mag es schon als zweifelhaft

angesehen werden, ob die rechtliche Absicht des Gläubigers sich Zahlung oder Deckung zu verschaffen oder die auf Schädigung der andern Gläubiger abzielende Absicht überwiege, wie denn auch § 1020.des P.-R. G.-B. die Nichtigerklärung eines solchen Geschäftes nur unter besonders erschwerenden Momenten zuläßt. Vollends aber darf die Absicht, wohlerworbene Rechte Dritter oder auch nur rechtliche Interessen derselben zu schädigen, dann nicht angenommen werden, wenn ein Liferant, um nicht zu Verlust zu kommen, *die von ihm selber gelieferte Waare zum Verkaufspreise wieder zurücknimmt;* denn ein rechtliches Interresse kann doch wohl darin nicht gefunden werden, daß ein Gläubiger sich aus der noch unbezahlten Waare eines Andern decke. Somit müßte das Rückkaufs- und Kommissionsgeschäft aufrecht erhalten bleiben, wenn dessen Zustandekommen bewiesen und auch der weitere Nachweis erbracht wäre, daß durch das Geschäft nicht etwa eine, wenn auch noch so geringe Bereicherung der Rekurrenten über die Deckung ihrer Forderung hinaus entstanden sei. (*7. Mai 1887.*)

VI.

Der Gerichtsstand der Widerklage wird erst mit der Anhängigmachung der Hauptklage beim Gericht und nicht schon mit der Einleitung derselben beim Friedensrichteramt begründet, wesshalb es auch nicht angeht, einem Kläger, dem gemäss § 314 des Rechtspflegegesetzes Frist zur Aushinnahme der Weisung angesetzt wird, anzudrohen, dass im Unterlassungsfalle nicht nur Rückzug der Hauptklage, sondern überdem auch Annerkennung der Widerklage angenommen würde.

A. Kofmehl zum Brodkorb in Zürich reichte am 19. Juni 1886 beim Friedensrichteramt Uster eine Civilklage ein gegen Weber-Rüegg daselbst, zögerte dann aber mit Aushinnahme der Weisung und es setzte ihm deshalb das Bezirksgericht Uster auf Gesuch des Beklagten unter Berufung auf den § 314 des Rechtspflegegesetzes eine 10tägige Frist an, um bezüglich genannter Klage beim zuständigen Richter Weisung einzureichen, ansonst angenommen würde, er ziehe die eingeklagten Ansprüche zurück, indeß blieb das Bezirksgericht bei dieser Androhung nicht stehen, sondern dehnte dieselbe, weil Weber-Rüegg Widerklage erhoben hatte, dahin aus, daß im Falle Nichtbefolgung der Auflage auch Annerkennung dieser Widerklage angenommen würde. Wirklich reichte Kofmehl die Weisung nicht ein und darauf beschloß das Bezirksgericht entsprechend der Androhung, es werde Vormerk genommen vom Rückzug der am 19. Juni 1886 gegen Weber-Rüegg eingeleiteten Forderungsklage, *sowie von der Anerkennung der Widerklage des Letztern.* Ueber diesen letztern, die Annerkennung der Widerklage des Weber-Rüegg aussprechenden Theil des Gerichtsbeschlusses beschwerte sich Kofmehl, indem er Aufhebung desselben verlangte *und seinem Begehren wurde entsprochen.*

Gründe:

1. Die Beschwerde ist begründet, denn nach § 314 des Gesetzes über die Rechtspflege, dessen Bestimmungen als Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 283 daselbst nicht in ausdehnendem Sinne ausgelegt werden dürfen, kann nur mit Bezug auf die Klage eine Androhung für den Fall der Nichteinreichung der Weisung gemacht werden. Die Widerklage wird dadurch nicht betroffen, auch wenn sie in der Weisung enthalten ist. Der Widerkläger hat es ja in seiner Macht, jederzeit selbständig seine Rechte einzuklagen. Ein Recht darauf, die Klage beim Gericht seines eigenen Wohnsitzes anzubringen, hat er aber erst dann, wenn die Hauptklage wirklich beim Gerichte eingereicht worden ist, im Stadium des blossen Sühnverfahrens dagegen fällt die Wiederklage, sobald an der Hauptklage nicht mehr festgehalten wird (Vergleiche §§ 219, 318 Zif. 2 des Rechtspflegegesetzes und Competenzbeschuß des Handelsgerichtes vom 14. September 1883 i. S. ca. Schwarz, abgedruckt in den Schweizer Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. II. p. 319 und 320).

2. Rekursgegner wendet nun allerdings ein, es sei die Beschwerde verspätet, weil dieselbe gegen den Beschuß, der die Fristansetzung unter den bezeichneten Androhungen verfügt hat, hätte gerichtet werden sollen. Allein es ist schon wiederholt entschieden worden, daß ein Beschluß, der die Verwirkung eines Rechtes ausspricht, angefochten werden könne aus dem Grunde, daß schon die Fristansetzung bezw. die Androhung eine ungesetzliche war. Zudem hatte das Bezirksgericht den Fristansetzungsbeschluß ausdrücklich als einen solchen bezeichnet, gegen welchen kein Rekurs zuläßig sei und es war auch das Gericht nach dem Wortlaute von § 314 Absatz 2 keineswegs an den Wortlaut der Androhung gebunden, sondern es hätte immerhin noch Rücksicht nehmen können auf den Inhalt der Eingabe des Rekurrenten vom 19. Februar, in welcher die Nichtanerkennung der Wiederklage deutlich ausgesprochen war. (*7. Mai 1887*).

VII.

Zur Interpretation des Art. 202 des O.-R. überhaupt.

Der gerichtlich erklärte Vater eines am 18. März 1885 fünf Jahre alt gewordenen Brautkindes wurde von der Mutter des letztern mit Rechtsbot vom 21. September 1886 auf Bezahlung von 528 Fr. als Kostgeld für die Zeit vom 18. März 1885 bis 1. September 1886 belangt, wirkte aber am 1. Oktober 1886 Rechtsvorschlag aus, worauf die Ansprecherin den ordentlichen Rechtsweg betrat, indem sie Klage beim Friedensrichteramt einleitete. Am 13. Oktober 1886 fand der erste Vorstand vor Friedensrichteramt statt, später erfolgte die Einleitung des Streites beim Bezirksgericht Zürich und dieses hat den Beklagten mit rechtskräftig gewordenem Urtheil vom 9. November 1886 zur Bezahlung der eingeklagten Summe von 528 Fr. verurtheilt. Behufs Vollziehung dieses Urtheils leitete die Ansprecherin den Rechtstrieb am 18. Januar 1887 neuerdings ein und am 8. Februar kam es sodann zur Pfändung; es wurden 110 verschiedene Vermögensobjekte eingepfändet, neben einigen Viehstücken, namentlich Fahrhabe- speziell Mobiliargegenstände. Nun trat aber der Bruder des Schuldners als Eigenthumsansprecher auf und seine Ansprache wurde mit Bezug auf die ideelle Hälfte der Pfandgegenstände anerkannt, im Uebrigen dagegen bestritten und behauptet, daß die andere ideelle Hälfte Eigenthum des Schuldners sei. Der Vindicant gab zu, daß er die Pfandgegenstände s. Z. gemeinsam mit seinem Bruder geerbt habe und somit letzterer Miteigenthümer zur Hälfte gewesen sei, behauptete aber, demselben seine ideelle Hälfte abgekauft zu haben und wies zur Bekräftigung dieser Behauptung einen am 12. Oktober 1886 (dem Tage vor dem friedensrichterlichen Vorstand im Forderungstreit) datirten Kaufvertrag vor. Als Preis für die verkaufte „unausgeschiedene Hälfte“ an den betreffenden Gegenständen ist die Summe von 2917 Fr. 45 Rp. genannt und bezüglich der Zahlung gesagt, daß 2500 Fr., die Verkäufer dem Käufer schulde, als getilgt erklärt werden und der letztere für den Rest fünf verschiedene Passivposten des erstern zur Zahlung übernehme. Die Pfandgläubigerin anerkannte diesen Eigenthumsausweis nicht, weil eine Tradition nicht stattgefunden habe und eventuell, falls diese auf Grund von Art. 202 Absatz 1 des O.-R. als geschehen betrachtet werden sollte, dieselbe nach Absatz 2 der nämlichen Gesetzesstelle ihr gegenüber als unwirksam erklärt werden müsse, weil auf der Hand liege, daß der Kauf nur abgeschlossen worden sei, um ihr die Pfänder zu entziehen und sie so mit ihrer Forderung leer ausgehen zu lassen. Zu bemerken ist noch, daß der Vindicant und sein Bruder in gemeinsamer Haushaltung leben und deßhalb eine örtliche Veränderung der Gegenstände überall nicht stattgefunden hat. Beide Instanzen wiesen die Eigenthumsklage ab und zwar die Appellationskammer des Obergerichtes

aus folgenden Gründen:

1. Die Eigenthumsansprache ist abzuweisen. Es wäre zwar zu weit gegangen, den Eigenthumsübergang in Folge des Kaufgeschäftes vom 12. Oktober 1886, dessen Ernstlichkeit vorausgesetzt, in Abrede zu stellen, wenn auch eine eigentliche, d. h. körperliche Tradition nicht stattgefunden hat. Wenn näm-

lich Art. 202 des schweiz. Obl.-R. sagt, daß der Veräußerer auch an einer Sache, welche er in Händen behalten, den Besitz auf den Erwerber übertrage, wenn dieselbe in Folge eines besondern Rechtsverhältnisses noch in seinem Gewahrsam zurückbleibe, so deutet schon der Ausdruck „Rechtsverhältniß" daraufhin, daß ein eigentlicher Vertrag, also z. B. ein Miethvertrag zwischen Käufer und Verkäufer nicht gerade nothwendig ist. Zudem darf man im vorliegenden Falle annehmen, daß wenn Conrad Wüst auch in der Folge noch an den verkauften Gegenständen ganz oder theilweise den Besitz ausgeübt hat, dieß in Folge eines Comodates geschehen ist, wie dieß da, wo zwei nahe verwandte Personen, welche in der gleichen Haushaltung wohnen, mit Bezug auf das beidseitige Eigenthum sehr oft vorkommt.

2. Dagegen ist der Eigenthumsübergang gegenüber der Beklagten mit Rücksicht auf Art. 202 Absatz 2 des Obligationenrechts als unwirksam zu erklären, da vollkommen klar ist, daß mit dem fraglichen Kaufe eine Benachtheiligung der Beklagten beabsichtigt war.

3. Zwar muß diese Absicht nicht bloß dem Verkäufer, sondern auch dem Käufer, also dem heutigen Kläger nachgewiesen werden können; denn es wäre diese Gesetzesstelle entschieden unrichtig interpretirt, wenn der benachtheiligte Dritte auch das äußerlich richtig erworbene Eigenthum eines gutgläubigen Käufers in Frage stellen könnte. Allein im vorliegenden Falle ist auch dieser Nachweis zur Genüge erbracht.

4. Aus den Akten geht hervor, daß Conrad Wüst am 21. September 1886 das Rechtsbot für die Forderung der Beklagten erhielt, am 1. Oktober den Rechtsvorschlag auswirkte und am 12. Oktober, an welchem Tage der Verkauf stattfand, jedenfalls auch schon die Vorladung zu der auf den 13. Oktober festgesetzten Verhandlung vor Friedensrichteramt im Hause hatte und es ist nicht gedenkbar, daß sein Bruder, der Kläger, hievon keine Kenntniß hatte. Hatte er aber diese Kenntniß, so kann gar keinem Zweifel unterliegen, daß es ihm vollkommen bewußt war, daß sein Bruder mit dem Verkaufe ganz offenbar diese Forderung der Beklagten bei Seite stellen wollte, denn diese Absicht ergab sich dann für ihn deutlich daraus, daß ihm sein Bruder fast Alles und Jedes was er besaß, verkaufte, was sonst nicht so leicht Jemand thut und zudem den Kaufpreis so niedrig ansetzte, wie er es unter andern Umständen nie und nimmer gethan hätte. Es ist daher gänzlich unerheblich, wenn Conrad ihm auch schon früher versprochen hatte, ihn für seine Forderung von 2500 Fr. durch Abtretung von Fahrhabe zu befriedigen. *(17. Mai 1887.)*

Erklärung.

Als Anwalt der Herren Gebrüder Emanuel und Adolf Hauser, Müller in Töß, Inhaber der Firma: Hrch. Hauser, Neumühle Töß erkläre ich anmit, daß die, im Prozesse Hauser und Sobotka, Getreidehandlung, Bahnhofstraße Zürich gegen Gebrüder Löwenberg, Getreidehändler in Zürich — Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. März 1887, gedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Nr. 9 vom 15. Mai 1887 — vorgebrachte Behauptung: „es habe Müller Hauser in Töß ähnliche, nur noch bedeutendere Geschäfte gemacht wie Müller Häfliger in Koblenz mit Gebrüder Löwenberg, Geschäfte, welche in dem citirten Urteil mit vollem Rechte als unerlaubte Handlungen qualifizirt werden", auf absoluter Unwahrheit beruht.

Ich werde an diesem Orte später Mittheilung machen, welche Anschauung die Gerichte haben über die Berechtigung, eine durchaus ehrenwerthe, solide Firma in Prozeßsachen Dritter, sowohl beim Gerichte, als dann namentlich auch nachher noch durch Publikation des Urtheils in der Offentlichkeit zu verleumden und zu mißkreditiren.

Winterthur, 10. Juni 1887.

Knüsli, Advokat.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Juli 1887. VI. Band. № 12.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

des

Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

vom 7. Mai 1887

in Sachen

Jacob Schärer in Hirzel ca. *Eduard Gattiker,* Schwanenwirth in Horgen.

Haftpflicht des Stallwirthes.
(Art. 486 u. 488 des O.-R.)

Thatsächliches:

A. Der Kläger Jakob Schärer erhielt im August 1886 Besuch von seinem in Zürich wohnhaften Bruder, Metzger Heinrich Schärer und dessen Familie. Am Sonntag den 8. August entschlossen sich die Gäste zur Heimkehr und man wurde einig, dieselben nach Horgen zu führen, von wo sie die Bahn benutzen sollten. Weil der Kläger aber nur über ein sogenanntes Sprengwägelchen und ein Pferd zu verfügen hatte, ersuchte er seinen ebenfalls in Hirzel wohnhaften Brudersohn Heinrich Schärer, die Fahrt der ganzen Gesellschaft mit dessen Chaise und Pferd zu ermöglichen und mitzumachen, wozu letzterer einwilligte. Man fuhr also mit diesen beiden Fuhrwerken nach Horgen. Der Metzger Arnold Wild in Horgen ist der Schwager des letztgenannten Heinrich Schärer, des Brudersohnes des Klägers und ihn wollte man im Vorbeigehen begrüßen. Wild hat das im Gasthaus zum Schwanen in Horgen befindliche Metzglokal in Pacht und scheint auch in unmittelbarer Nähe zu wohnen, weßhalb die beiden Fuhrwerke beim genannten Gasthaus anhielten. Nun lud Wild die Gäste zum Mittagessen ein und man entschloß sich deßhalb, auszuspannen und die beiden Pferde im Stall zum Schwanen einzustellen. Während der Kläger mit seinem Fuhrwerk noch zur Bahnstation fuhr, um verschiedenes Gepäck dorthin zu bringen, wurde das Pferd seines Brudersohnes ausgespannt und in den Stall gebracht. Der Letztere bezeugt gemäß der dießfälligen Klagebehauptung, daß der Beklagte, Gastwirth Gattiker, hiebei behülflich gewesen sei, sie haben sein Pferd *zusammen* in den Stall geführt und zusammen angebunden, was indeß von dem letztern bestritten und nur zugegeben wird, daß er das Einstellen des Pferdes mitangesehen habe. Als der Kläger vom Bahnhof zurückkam, wurde auch sein Pferd ausgespannt und eingestellt. Um dasselbe anbinden zu können, holte der Beklagte in seinem Hause anerkanntermaßen eine Halfter, er will aber diese

im Freien übergeben und den Stall nicht betreten haben, währenddem der Kläger behauptet und sein Brudersssohn bezeugt, daß derselbe das Pferd mittelst dieser Halfter selbst angebunden habe. Nach der Klagebegründung wäre auch der Dienstknecht des Beklagten, Namens Walder, beim Ausspannen und Einstellen der beiden Pferde behülflich gewesen, dieser hat aber in seiner Einvernahme als Zeuge jede dießfällige Bethätigung in Abrede gestellt. Die beiden Pferde wurden möglichst nahe an einander gebunden, damit sie sich nicht schlagen können, dem Kläger scheint indeß die Unterbringung derselben nicht recht gefallen zu haben, denn er gibt zu, beim Verlassen des Stalles zu seinem Brudersssohn geäußert zu haben, daß, sofern er gewußt hätte, wie der Stall beschaffen sei, er sein Pferd nicht in denselben gestellt haben würde, worauf jener geantwortet haben soll, es habe sich eben nicht Anders geschickt, Gattiker hätte es sonst ungern gehabt. Man ging zunächst, weil das Mittagessen bei dem Verwandten Wild noch nicht bereitet war, in die Gastwirthschaft des Beklagten, um daselbst einen Liter Wein zu trinken und es wollen sowohl der Kläger als sein Brudersssohn beim Verlassen der Wirthschaft den Beklagten noch ausdrücklich ersucht haben, auf die Pferde doch ja recht Obacht geben zu wollen, was derselbe mit dem Bemerken versprochen habe, sie sollen nur ganz ruhig sein, der Knecht Walder müsse zu denselben schauen. Der Beklagte bestreitet indeß auch dieses Vorbringen und Walder hat diese Bestreitung als Zeuge bestätigt. Die zu den beiden Fuhrwerken gehörenden Utensilien, wie Pferdedecken, Chaisenkissen, Peitschen etc. wurden nicht im Gasthaus zurückgelassen, sondern in das von Wild gepachtete Metzglokal gebracht.

B. Während nun die Familie Schärer in der Privatwohnung des Metzger Wild beim Mittagessen saß, kam der Bericht, daß das Pferd des Klägers am Boden liege und wahrscheinlich von dem andern Pferde geschlagen worden sei. Der sofort herbeigeholte Thierarzt konstatirte die Richtigkeit der letzterwähnten Vermuthung, erklärte die Verletzung als einen unheilbaren Splitterbruch und verordnete, daß das Pferd sofort abgethan werden müsse. Dasselbe war damals noch angebunden und hing mit der Halfter an der Krippe, allein, wie die beiden Schärer behaupten, vom Beklagten indeß bestritten wird, nicht mehr an derselben Stelle, sondern weiter von dem andern weggebunden. Der Brudersssohn des Klägers, dessen Pferd dasjenige des letztern geschlagen hat, bezeugt, er habe den Knecht Walder sofort nach dem Unfall zur Rede gestellt, was gegangen sei und zur Antwort erhalten, die Pferde hätten geschrien (gäußet) und da habe er sie auseinandergebunden. Ferner will der Schwager Wild, ebenfalls nach dem Unfall, von einer dritten Person, die er indeß nicht nennen kann, gehört haben, daß der Knecht die Pferde, weil sie wüst gethan hätten, auseinander gebunden habe. Anderseits negirt Walder alle diese Behauptungen und bezeugt: Er sei in den Stall gekommen, um ein Schaf zu füttern, habe das Pferd des Klägers unangebunden und bereits hinkend angetroffen, dasselbe deßhalb angebunden und sodann den Beklagten herbeigerufen; bei der Zurückkunft in den Stall sei das Pferd schon am Boden gelegen.

C. Der Anordnung des Thierarztes entsprechend wurde das verletzte Pferd sofort geschlachtet, der Cadaver am Abend vom Kläger abgeholt und um 50 Frkn. verkauft, Alles ohne daß der Beklagte um seine Meinung oder gar Einwilligung befragt worden wäre, erst am darauffolgenden Mittwoch den 11. August gab Kläger zu erkennen, daß auch eine Haftpflicht des Beklagten in Frage kommen könne, indem er diesem die Offerte machte, sie drei, nämlich er, der Kläger, sein Brudersssohn und der Beklagte, wollen den Schaden gemeinsam tragen, der letztere lehnte indeß ab und nunmehr erfolgte die Klage, gerichtet auf Bezahlung von 1050 Fr. als Werth des Pferdes, abzüglich der für Fleisch- und Hautwerth empfangenen 50 Frkn. Der Anspruch wurde gestützt auf die Art. 486 und 488 des O.-R., weil der Beklagte Stallwirth sei und als solcher die Haftpflicht für alle Beschädigungen von und an Thieren, die bei ihm eingestellt werden, zu übernehmen habe, sofern er nicht den Beweis für

einen der im Gesetz vorgesehenen Entlastungsgründe zu erbringen vermöge.

D. Der Beklagte wendete ein:

1. Der Kläger und sein Bruderssohn haben es als selbstverständlich betrachtet, daß die Frage nur die sein könne, welcher von ihnen beiden den Schaden tragen müsse, deßhalb haben sich beide nach dem Unfall gegenseitig Vorwürfe gemacht und jeder das Verschulden auf den andern zu wälzen gesucht. An eine Haftpflicht des Beklagten sei ihnen damals kein Sinn gekommen und so erkläre sich auch, daß man die Tödtung des Pferdes durchaus einseitig angeordnet und ebenso einseitig über den Cadaver verfügt habe, ohne sich im Geringsten um den Beklagten zu kümmern. In diesem Verhalten liege ein Verzicht auf die Haftbarmachung des Letztern.

2. Seine Haftpflicht werde lediglich aus der Eigenschaft als Stallwirth abgeleitet, diese Eigenschaft komme ihm aber gar nicht zu. Allerdings befinde sich in seinem Gasthaus ein Stall, allein er habe denselben mit dem Metzglokal an Metzger Wild in Pacht gegeben *(diese Behauptung ist unbestritten)*, und betreibe er ihn deßhalb gar nicht als Gasthofstall. Richtig sei zwar, daß derselbe von mit Fuhrwerken ankehrenden Gästen gelegentlich zum Einstellen ihrer Pferde benutzt werde, allein ohne daß er sich dabei um dessen Besorgung irgendwie bekümmere oder einen hiefür bestimmten Knecht oder Angestellten halte und ohne daß er für die Benutzung des Stalles irgend eine Entschädigung verlange oder beziehe, wie denn derselbe überhaupt seiner ganzen Einrichtung nach kein eigentlicher Gasthausstall sei. Er lasse es lediglich aus Gefälligkeit geschehen, daß Fuhrleute auf ihre eigene Gefahr ihre Pferde vorübergehend in den Stall einstellen können; wer in einen richtigen Stall einstellen wolle, komme mit vollem Bewußtsein nicht zu ihm. Diese Beschaffenheit seines Stalles, der Mangel aller und jeder Einrichtung und Aufsicht zur Beherbergung und Besorgung der Pferde sei denn auch dem Bruderssohn des Klägers sehr wohl bekannt gewesen, weil derselbe sein Pferd schon zu Dutzend von Malen in denselben eingestellt habe, ohne ihn irgendwie zu fragen, einfach davon ausgehend, daß er damit nur das Benutzungsrecht seines Verwandten Wild ausübe. So sei es auch am 8. August 1886 gewesen, es habe sich gar nicht darum gehandelt, bei ihm anzukehren, sondern es sei die Familie Schärer bloß zu Wild gekommen und habe die Pferde in den von diesem gepachteten Stall gestellt. Reiner Zufall sei es gewesen, daß man bei ihm noch einen Liter getrunken habe.

3. Mit Rücksicht auf das Gesagte müßte eventuell angenommen werden, daß der Schaden die Folge eines Verschuldens des Begleiters des Klägers sei, welches Verschulden darin liege, daß dieser, obgleich er die Mangelhaftigkeit des Stalles gekannt, die Pferde dennoch eingestellt habe.

4. Das Pferd des klägerischen Begleiters sei ein bekannter Schläger, dieser Umstand dem letztern bekannt gewesen und der Unfall auch deßwegen auf ein Verschulden dieser Person zurückzuführen.

E. Das bezirksgerichtliche Augenscheinsprotokoll sagt: Der in Rede stehende Stall entspreche den einfachsten Anforderungen, die man an einen Gasthofstall zu stellen gewohnt sei, ganz und gar nicht und gehöre jedenfalls zu den geringsten und primitivsten dieser Art, er sei bloß 8,20 m. lang und, die Krippe abgerechnet, 2,33 m. breit, sodaß, wenn ein Pferd darin stehe, kaum genug Raum zum Durchpaß übrig bleibe, ein Stall*gang* sei also nicht vorhanden, ebensowenig eine sogenannte Brügge oder Stand, auch keine Latirwand zum Abtrennen der Pferde und endlich fehlen alle Einrichtungen zum Aufhängen der Geschirre.

F. Ueber die Art des Stallbetriebes sind Zeugen einvernommen worden, welche im Wesentlichen deponirten:

1. Heinrich Schärer (der Bruderssohn des Klägers):

Er habe zu wiederholten Malen im Schwanen eingekehrt und Pferde daselbst eingestellt, Zahlung aber nur geleistet, wenn sein Pferd gefüttet worden sei, sonst nicht. Gattiker habe einen Knecht gehalten, der hie und da im Stall gewesen sei und diesem habe er etwa ein Mal ein Trinkgeld gegeben. Hie und da seien auch andere Pferde im Stall

gestanden, so namentlich an der Hochzeit seines Schwagers, Metzger Wild.

2. *Der Schwager Metzger Wild*:

Er wisse, daß etwa Fuhrwerke im Schwanen angehalten hätten. Sofern die Gäste daselbst logirt haben, sei für die eingestellten Pferde nichts bezahlt worden, dagegen haben diejenigen, die *bloss* ihre Pferde eingestellt, ein Stallgeld bezahlen müssen.

3. *Friedensrichter Diener in Hirzel*:

Schon bevor Gattiker auf dem Schwanen gewesen, habe er seine Pferde in den dortigen Stall gestellt, ohne irgend etwas zahlen zu müssen. Metzger Wild, mit dem er in Verkehr gestanden, habe ihm nämlich erklärt, daß er zur Benutzung des Stalles berechtigt sei und wirklich habe er, Zeuge, denn auch Schlachtvieh in demselben gesehen. Deßhalb habe er sein Pferd immer eingestellt, ohne den Beklagten zu fragen, dasselbe dann aber auch selbst und zwar mit eigenem mitgenommenem Futter gefüttert.

4. *Eduard Hitz, Metzgerknecht und Ferdinand Hiltpold, Metzgerlehrling* bei Wild haben gesehen, daß hie und da Pferde in Gattikers Stall eingestellt worden seien, jedoch nicht sehr häuffg, es haben Wochen vergehen können, bis das wieder vorgekommen sei. Hitz will gehört haben, daß Gattiker mit Fuhrleuten, die Pferde bei ihm eingestellt, aber anderswo logirt haben, raisonirt habe.

5. *Frau Anna Huber und Elise Schärer,* die anläßlich der Hochzeit des Metzger Wild (6. Oktober 1885) ihre Pferde im Schwanen eingestellt hatten, erklären übereinstimmend, daß sie zwar kein Futtergeld haben bezahlen müssen, daß sie aber dem Knecht, der die Pferde ein- und ausgespannt, ein Trinkgeld von je ca. 1 Fr. bezahlt haben, während ein anderer Hochzeitsgast, der ebenfalls ein Pferd eingestellt hatte, darüber nichts Sicheres anzugeben weiß.

6. *Jakob Streuli in Arn:*

Er sowohl als andere Landwirthe haben hie und da ihre Pferde im Schwanenstall eingestellt, solche aber immer selber besorgen und füttern müssen, weil Niemand zur Besorgung der Pferde anwesend gewesen sei. Das Futter haben sie immer selber mitnehmen müssen. Das Einstellen und Wiedernehmen der Pferde habe ohne Anfrage des Wirthes oder auch nur Anzeige an denselben und folglich auch ohne Zahlung stattgefunden. Früher, als der Stall noch größer gewesen sei, — jetzt sei das mehr ein Kuhstall, — habe er jeweilen ein Trinkgeld gegeben, allein Gattiker habe ihm einmal bemerkt, er brauche nichts zu bezahlen. Gewöhnlich habe er etwas consumirt, für die Beherbergung der Pferde aber nichts extra bezahlt. Anders sei es gewesen, wenn er in den Gasthofställen zum Löwen oder Weingarten eingestellt, da habe er neben den Consumationskosten auch jeweilen dem Knecht ein Trinkgeld bezahlen müssen, allein da seien eben die Pferde auch besorgt worden.

7. *Albert Staub in Sennhaus-Wädensweil* macht ganz ähnliche Angaben und ebenso werden die Angaben dieser beiden Zeugen fast ohne Ausnahme von allen beklagtischen Zeugen bestätigt, so insbesondere von

8) *Eduard Streuli* in Arn-Horgen, der bezeugt, daß er es mehr als bloße Gefälligkeit betrachte, daß Gattiker die Pferde in seinen Stall habe einstellen lassen. Derselbe habe sich darum auch nicht gekümmert und ebenso keinen Knecht zur Besorgung des Stalles gehalten.

9. *Heinrich Suter* in Arn-Horgen. Der Stall Gattikers sei jedenfalls ein solcher minderer Art und auch er habe dessen Benutzung mehr als eine Art Gefälligkeitssache betrachtet. Nicht jedes Mal habe er im Schwanen etwas genossen und doch für das Einstellen des Pferdes nichts bezahlt.

10. *Johannes Hottinger*: Er habe sein Pferd ohne Anzeige und ohne Zahlung eingestellt, aber auch selbst ein- und ausspannen und besorgen müssen.

Ganz gleiche Angaben machen nun auch alle andern Zeugen und zwar nicht nur solche, die in der Gemeinde, sondern auch solche, die außerhalb derselben wohnen, in Hütten, Wädensweil, Neuheim (Ct. Zug), Menzingen, Hausen a. A., speziell bemerkt Jakob Schön aus Neuheim, daß unter dem frühern Besitzer des Schwanen ein Stallknecht angestellt gewesen sei, dem die Pferde haben übergeben werden können und der dieselben auch besorgt habe. Seit Gattiker

Besitzer sei, sei kein Stallknecht mehr da und von da an habe er die Pferde selbst besorgen müssen. Alle diese Zeugen bestätigen auch übereinstimmend, daß es ganz anders gehalten worden sei, wenn sie ihre Pferde in den Gasthäusern zum Löwen oder Weingarten eingestellt hätten, wo natürlich immer oder meistens ein Stall- oder Trinkgeld habe bezahlt werden müssen.

Im Fernern bezeugten:

11. Heinrich Leuthold, Stallmeister in der Bierbrauerei Wädensweil:

Die Fuhrwerke der Brauerei kommen wöchentlich 2 Mal nach Horgen und obwohl die Brauerei auch dem Beklagten das Bier liefere, so seien ihre Pferde doch immer im Gasthof zum Löwen eingestellt worden. Gattiker habe deßhalb zwar einmal reklamirt, er habe ihm aber sofort erwidert, daß sein Stall eben als Pferdestall nicht richtig eingerichtet sei und für ihre Pferde nicht passe. Es seien auch öfters Schafe darin gehalten worden.

12. Gottlieb Wild, Bruder des Metzger Arnold Wild:

Schon unter seinem Vater habe er die Metzg zum Schwanen besorgt und wisse, daß zum Gasthof zwar ein Stall gehöre, der aber sehr mangelhaft eingerichtet sei, weßhalb nicht selten, wenn Fuhrwerke daselbst angekehrt hätten, die Pferde in andere Ställe untergebracht worden seien. An seiner Hochzeit habe er z. B. den Kutschern gerathen, ihre Pferde im Schwanenstall einzustellen, allein diese hätten sich geweigert und die Pferde im Löwen untergebracht.

13. Fuhrhalter Aeberli:

Am Hochzeitstage des Arnold Wild (dem Verwandten der Schärer), sei er von Gattiker um die Gefälligkeit ersucht worden, für diesen Tag seinen Stall resp. die darin untergebrachten Pferde zu besorgen. Er habe entsprochen, aber nicht einmal das erforderliche Geschirr angetroffen, sondern dieses selbst mitbringen müssen, da es am Nothwendigsten gefehlt hätte. Alles in Allem habe er 3 Fr. 50 Cts. Trinkgeld erhalten.

H. Das dem Bruderssohn des Klägers gehörende Pferd war schon seit vielen Jahren als Militärpferd eingeschrieben, dieser will 8 Musterungen mit demselben gemacht und es nie als Schläger erfahren oder kennen gelernt haben. Fünf weitere Zeugen wollen ebenfalls nie etwas davon gehört oder eigene Wahrnehmungen darüber gemacht haben, daß das Pferd ein Schläger sei und ein sechster, bei dem Schärer seit 6 Jahren regelmässig allwöchentlich angekehrt ist, hat das Pferd immer als ein ganz zuverläßiges Thier gekannt und weder selbst beobachtet, noch etwa von seinen Angestellten vernommen, daß dieses Pferd schlage oder sonst unartig sei. *Anderseits dagegen* bezeugte der bereits oben genannte Fuhrhalter Aeberli, daß er dieses Pferd im Jahr 1882 im Militärthierspital in Winterthur zu behandeln gehabt und dabei die Beobachtung gemacht habe, daß es zwar nicht gerade ein bösartiges, doch aber ein unruhiges Pferd gewesen sei; er habe dasselbe deßhalb am Hochzeitstag des Metzger Wild von den andern Pferden im Stalle gesondert und durch eine Stange getrennt, damit es nicht schlagen könne. Das letztere will auch fernerhin der frühere Knecht im Weingarten-Horgen jedesmal, wenn Schärer dort angekehrt sei, gethan haben, weil er daß Pferd als ein unruhiges Thier gekannt habe. Endlich bezeugt Metzger Huber in Horgen, daß er, nachdem der in Frage stehende Unfall passirt gewesen sei, gehört habe, daß das Pferd des Schärrer wieder ein solches des a. Gemeindammann Staub in Hirzel geschlagen habe.

I. Mit Urtheil vom 18. März 1887 wies das Bezirksgerickt Horgen die Klage ab, indem es im Wesentlichen ausführte:

1. Es könne ohne Weiteres zugegeben werden, daß in dem Verhalten des Klägers und in der Thatsache, daß er das Pferd habe abthun lassen und über den Cadaver verfügt, ohne den Beklagten zu begrüßen oder seine Rechte ihm gegenüber zu wahren, kein Verzicht auf sein Klagerecht und überhaupt kein Benehmen liege, wodurch er in einer ihn verpflichtenden Weise an den Tag gelegt hätte, daß er zu einer Schadensersatzklage gegen den Beklagten aus dem einen oder andern Grunde nicht berechtigt sei. Uebrigens sei zureichend nachgewiesen, daß das sofortige Tödten des Pferdes eine absolute

Nothwendigkeit und keine Möglichkeit der Wiederherstellung desselben mehr vorhanden gewesen sei, wie denn auch der Beklagte eine bestimmte Einrede in diesem letztern Sinne nicht stelle.

2. Von der Anwendung des Art. 488 des O.-R., aus dem Kläger die Ersatzpflicht des Beklagten abzuleiten suche, auf einen Fall der vorliegenden Art, könne nun aber nicht gesprochen werden. Allerdings haften Gastwirthe, welche Fremde zur Beherbergung aufnehmen, den zur Beherbergung aufgenommenen für jede Beschädigung, Vernichtung oder Entwendung der von ihnen eingebrachten Sachen, sofern sie nicht beweisen, daß der Schaden durch Verschulden des Gastes selbst, seiner Begleiter oder Dienstleute oder durch höhere Gewalt oder durch die Beschaffenheit der Sache verursacht worden und es sei richtig, daß die citirte Gesetzesstelle auch ausgedehnt werde auf die Stallwirthe mit Bezug auf die bei ihnen eingestellten oder von ihren Leuten auf andere Art übernommenen Thiere. Auch sei zuzugeben, daß der Gast- oder Stallwirth für die eingebrachten Sachen oder eingestellten Thiere durch das bloße Einbringen oder Einstellen derselben verantwortlich werde, ohne daß es einer besondern Uebergabe der betreffenden Sachen oder Thiere oder auch nur einer Anzeige bedürfe.

3. Allein wie diese strenge Haftpflicht nicht gegenüber jedem Inhaber einer Wirthschaft überhaupt, sondern nur für solche Gastwirthe gelte, welche Fremde zum Zwecke der Beherbergung bei sich aufnehmen, so rede das Gesetz ausdrücklich und wohl auch bewußt nicht von Stallhaltern überhaupt, sondern nur von Stallwirthen, also doch wohl nur von solchen Personen, welche berufs- und gewerbsmäßig und offenbar mit der Absicht, daraus einen gewissen Nutzen zu erzielen, die Aufnahme, Besorgung und Beherbergung von Thieren, speziell von Pferden übernehmen und betreiben und welche daher in Bezug auf dieses von ihnen betriebene Gewerbe den einkehrenden Gästen gegenüber eine erhöhte Verantwortlichkeit übernehmen und denen daher auch in Hinsicht auf das von ihnen besorgte Gewerbe mit Recht eine größere Sorgfalt zugetraut werden dürfe.

4. Dieß Alles treffe nun aber auf den Beklagten nicht zu. Allerdings gehöre zu seinem Gasthause auch ein Stall, der als Nothbehelf auch zur vorübergehenden Unterkunft der Pferde benutzt werden könne, der aber denn doch zu einer gehörigen und gewerbsmäßigen Besorgung und Beherbergung von Pferden ganz und gar nicht eingerichtet sei und wo es selbst, wie man aus den Aussagen verschiedener Zeugen wisse, an den unentbehrlichsten Utensilien fehle. Durch eine größere Zahl von Zeugen sei denn auch weiter festgestellt worden, daß Gattiker, wenn er auch seinen Stall allfällig an ankehrende Gäste zur Unterbringung von Pferden überlasse, daraus doch keinen Erwerb gemacht habe, daß er sich weder selbst um die untergebrachten Pferde gekümmert, noch zur Besorgung des Stalles einen Angestellten gehalten und demgemäß denn auch für die Benutzung des Stalles wenigstens in der Regel weder ein Entgeld gefordert, noch erhalten habe. Daß es sich in concreto auch in der That nicht um eine Stallwirthschaft im Sinne von Art. 488 des O.-R. handeln könne, gehe ferner daraus hervor, daß, wie den Verhältnissen nahe stehende Zeugen deponiren, manchmal Wochen lang keine Pferde in diesen Stall gestellt werden, daß, wie fast alle Zeugen bestätigen, die eingestellten Pferde von ihren Eigenthümern selbst haben besorgt und gefüttert werden müssen, und daß endlich, wie wieder andere Zeugen deponiren, sobald die Pferdebesitzer ihre Thiere richtig haben unterbringen und besorgen lassen wollen, sie dieselben in andere Gasthofställe eingestellt, dann aber auch für persönliche Wartung und Aufsicht jeweilen oder doch in der Regel ein Entgeld in Form eines Trinkgeldes haben zahlen müssen.

4. Es könne nicht wohl die Meinung des Gesetzes sein, diese ohnehin ausnahmsweise und strenge Haftpflicht der Gast- oder Stallwirthe auch auf derartige Verhältnisse und solche Stallhalter auszudehnen. Ueberdem könne es dem Kläger und seinem Begleiter als ein gewisses Verschulden angerechnet werden, wenn sie ihre Pferde trotz den ge-

schilderten, ihnen wohl bekannten Verhältnissen und namentlich trotzdem sie gewußt, daß Niemand zu deren Besorgung vorhanden sei, dennoch in den beklagtischen Stall gestellt haben. Wenn behauptet worden sei, daß Beklagter specielle Besorgung versprochen habe, so liege eben dafür ein Beweis nicht vor, weil selbstredend auf die dießfälligen Aussagen des klägerischen Begleiters nicht abgestellt werden könne. In der That wäre es auch eine Sache höchster Unbilligkeit, wenn der Kläger, der muthmaßlich lediglich in der Voraussicht, die Fütterungskosten und das Stallgeld zu ersparen, sein Pferd in diesen Stall eingestellt habe, nun den ganz schuldlosen Beklagten für die Folgen eigener Unvorsichtigkeit und des eingetretenen Unfalles verantwortlich machen könnte.

K. Gegen dieses Urtheil appellirte der Kläger und suchte zweitinstanzlich um Gutheißung der Klage nach, während der Beklagte Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils beantragte.

Entscheidungsgründe:

Im Wesentlichen aus den von der ersten Instanz angeführten Gründen mit dem Zusatz:

Auch wenn im allgemeinen auf Grund der Ergebnisse des Beweisverfahrens angenommen werden wollte, es sei der Beklagte Gattiker als Besitzer des Gasthofes zum „Schwanen" in Horgen und der zugehörigen Stallung trotz der einem Gasthofstall keineswegs entsprechenden mangelhaften Einrichtung der letztern als ein „Stallwirth" im Sinne von Art. 488 des O.-R. zu betrachten, bezw., er habe sich schon als solcher benommen, so kann wenigstens mit Hinsicht auf den vorliegenden Streitfall von einer Anwendung des Art. 488 auf den Beklagten keine Rede sein.

Der Kläger Jacob Schärer und sein Begleiter Heinrich Schärer hielten mit ihren Fuhrwerken beim „Schwanen" in Horgen nur an, um ihren Verwanden Metzger Arnold Wild, der die zu diesem Gasthof gehörige Metzglokalität wie auch die Stallung gemiethet hat, zu besuchen und bei ihm zu Mittag zu essen. Es ist selbst zweifelhaft, ob nur zur Einstellung der beiden Pferde, die zur Bespannung der Fuhrwerke gedient, in die Schwanen-Stallung die Zustimmung des Wirthes selbst für erforderlich gehalten wurde. Denn diejenigen Ausrüstungsgegenstände, die von den beiden Schärer nicht, wie die Fuhrwerke selbst, im Freien gelassen werden wollten (Decken, Peitschen, Chaisenkissen), wurden nicht etwa dem Wirthe, der allerdings zugegen war, zur Aufbewahrung übergeben, sondern dem Metzger Arnold Wild. Die Thätigkeit des Wirthes Gattiker scheint in gar nichts anderem bestanden zu haben, als daß er eine Halfter herbeiholte, damit auch das zweite Pferd, für das im Stall keine vorhanden war, angebunden werden konnte. Nach allem handelte es sich von Seite des Gattiker lediglich um einen Gefälligkeitsdienst, wie denn auch die beiden Schärer und ihre übrige Begleitschaft offenbar lediglich aus Gefälligkeit, bevor sie der Einladung zum Mittagessen bei Metzger Wild folgten, bei ersterem kurze Einkehr hielten und etwas Wein tranken.

Also trug der Beklagte Gattiker für die vorübergehend in seinen Stall plazirten zwei Pferde nicht die Verantwortlichkeit des „Stallwirthes", und hat er nicht dafür aufzukommen, daß das Pferd des Klägers von dem seines Begleiters Heinrich Schärer durch einen Hufschlag tödtlich verletzt wurde.

Das Pferd des Heinrich Schärer mußte übrigens seinem Eigenthümer, wenn nicht geradezu als ein „Schläger", so doch als ein etwas unruhiges Pferd bekannt sein. Und mit Hinsicht hierauf, sowie im allgemeinen auf die sorglose Unterbringung der Pferde in den mangelhaften Stall, über den keine besondere Aufsicht bestellt war, dürfte der Vorwurf des Selbstverschuldens gegenüber dem Kläger resp. seinem Begleiter eventuell nicht unzutreffend sein.

Schluss:

Die Appellation ist unbegründet und demnach die Klage abgewiesen.

Anderweitige Auszüge
aus Urtheilen der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

I.
Zur Frage des Gerichtsstandes des letzten Wohnortes des Erblassers im Sinne des § 212 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes.

Obergericht Zürich, Appellationskammer.
7. Mai 1887.

Am 2. Oktober 1884 verstarb in Luzern der Standesweibel Stephan Ernst mit Hinterlassung einer Wittwe und drei Kindern. Das am 22. Oktober 1884 in Anwesenheit der Wittwe und Kinder aufgenommene amtliche Inventar zeigt an Nachlaßaktiven 7 Gültbriefe, einen Kassaschein auf die Spar- und Leihkasse Luzern und etwas Baarschaft, Alles im Gesammtwerthe von 10,691 Fr. 90, während als Passivum nur eine Weibergutsforderung von 1187 Fr. 71 aufgeführt ist.

Im Spätherbst 1885 zog die Wittwe Ernst von Luzern weg zu ihrer Tochter, Frau Müller in Hirslanden und hier kamen dann am 18. November 1885 zwei Schenkungsurkunden zu Stande, nach denen Erstere der Letztern „für gesunde Pflege in kranken Tagen“ schenkungsweise zu Eigenthum abtrat:

a) eine Obligation Nro. 6090 auf die Einzinserkasse des Kantons Luzern im Betrage von 4000 Fr.
b) eine Obligation Nro. 3842 auf die nämliche Kasse im Betrage von 2000 Fr.
c) 4 Obligationen von je 1000 Frkn. auf diese Kasse = 4000 Fr.
d) 25 verschiedene Fahrhabe-Gegenstände nebst Linge und Kleider.

Als die Geschwister der Beschenkten, Bernhard Ernst in Luzern und Frau Schuler-Ernst in Arth von diesem Geschäft hörten, protestirten sie sofort dagegen, behauptend, die verschenkten Obligationen seien Eigenthum des gemeinsamen Erblassers, des Standesweibels Stephan Ernst gewesen, von ihm hinterlassen worden und folglich pro rata ihrer Erbberechtigung auf alle drei Kinder übergegangen. Im Nachlaßinventar erscheinen dieselben bloß deßwegen nicht, weil sie bei der Inventarisation verheimlicht worden seien, um das Mißverhältniß zwischen dem Nachlaßbestand und dem vom Erblasser versteuerten Vermögen verschwinden zu lassen. Die Mutter Ernst habe also gar kein Recht gehabt, die Obligationen zu verschenken, sie sei nicht Eigenthümerin derselben gewesen und habe folglich auch kein Eigenthum auf die mit den angeführten Verhältnissen vollständig vertraute und demnach als bösgläubige Erwerbin erscheinende Frau Müller übertragen können. Aehnlich verhalte es sich mit den geschenkten Fahrhabegegenständen, auch diese gehören allen drei Kindern als Erben des gemeinsamen Vaters und haben von der Mutter als Nichteigenthümerin nicht verschenkt werden können. Frau Müller beharrte auf der Schenkung. Die Obligationen haben allerdings s. Z. dem Vater gehört, seien aber von diesem einige Tage vor seinem Tod der Mutter geschenkt worden, also ihr Eigenthum gewesen und habe dieselbe deßhalb nach Belieben darüber verfügen können, jedenfalls aber sei sie, — die Frau Müller, — auf Grund der Mittheilungen ihrer Mutter im Glauben gestanden, die Verhältnisse verhalten sich wie dargestellt und dann müsse sie als gutgläubige Erwerberin doch geschützt werden. Die geschenkte Fahrhabe sei von jeher Eigenthum der Mutter gewesen und eventuell von ihr, der Beschenkten, wenigstens als Eigenthum derselben angesehen worden, weßhalb ihr Anspruch auch hier mit Erfolg nicht angefochten werden könne. Die Streitenden wurden nicht einig und es kam zum Prozeß, in welchem Bernhardt Ernst in Luzern und Frau Schuler-Ernst in Arth ihre Schwester Frau Müller beim Bezirksgericht Zürich als dem Gerichtsstande des Wohnortes der Beklagten mit der Frage ins Recht faßten, ob sie nicht anzuerkennen verpflichtet sei, daß die fraglichen Obligationen und Fahrhabegegenstände zu $^{8}/_{13}$ Eigenthum der Kläger seien und ob sie den letztern nicht diesen Werth vom Betrage der bereits veräußerten Titel herauszahlen müsse.

Obgleich beide Parteien mit der Behandlung des Streites durch das angerufene Be-

zirksgericht Zürich einverstanden waren, wies dieses den Prozeß dennoch wegen Inkompetenz von der Hand, davon ausgehend, daß es sich theils um eine Erbschafts-, theils um eine Erbtheilungsklage zwischen den Erben des Standesweibel Ernst handle und eine solche gemäß § 212 des Rechtspflegegesetzes vor den Gerichtsstand des Wohnortes des Erblassers gehöre, also bei den Luzerner Gerichten angebracht werden müsse.

Ueber diese Ablehnung beschwerten sich beide Parteien und die Appellationskammer fand die Beschwerde für begründet, hob deßhalb den angefochtenen Beschluß auf und wies das Bezirksgericht Zürich an, den Prozeß an Hand zu behalten und materiell zu erledigen.

Gründe:

1. Die Beschwerde ist begründet. Mit Unrecht berufen sich zwar die Rekurrenten auf das forum prorogatum (§ 220 des Rechtspflegegesetzes), denn wenn sie auch durchaus einig waren, den Rechtsstreit durch das Bezirksgericht Zürich austragen zu lassen, und alle Verhältnisse dazu angethan waren, das letztere zur Anhandnahme zu veranlassen, so hatte es doch, seine Nichtzuständigkeit vorausgesetzt, — keine Pflicht dazu und ist die zweite Instanz in diesem Falle auch nicht in der Lage, eine solche auszusprechen. Dagegen ist die Auffassung der ersten Instanz, daß ihr die Zuständigkeit zur Behandlung des Prozesses abgehe, eine irrthümliche, weil es sich nach hierseitiger Beurtheilung der Sache nicht um eine Streitigkeit über eine Erbschaft handelt und somit nicht der Gerichtsstand des Wohnortes des Erblassers, sondern der allgemeine Gerichtsstand der Beklagten zur Anwendung kommt, dieser aber in Zürich ist. Die Klage ist nicht die Erbschaftsklage, weil die Parteien nicht über ein Erbrecht, sondern darüber streiten, ob die Beklagte kraft eines bestimmten Rechtstitels unter Lebenden, der Schenkung vom 18. November 1885, Alleineigenthümerin der in Frage stehenden Werthtitel und Fahrhabegegenstände geworden sei oder nicht. Nur wenn Letztere die Streitobjekte als Erbschaft besitzen, d. h. an denselben Erbrecht geltend machen würde unter Bestreitung desjenigen der Kläger, oder für ihre Ansprache gar keinen rechtfertigenden Grund anzuführen in der Lage wäre, sondern sich *rein* auf die Bestreitung des klägerischen Erbrechts beschränken würde, so könnte von der hereditatis petitio die Rede sein, so aber handelt es sich einfach um eine Vindikationsklage, bei welcher der Eigenthumsanspruch bezw. der Eigenthumserwerb allerdings auf den Titel des Erbrechts gestützt wird und gegenüber welcher die Beklagte den Standpunkt einnimmt, daß sie zunächst diesen Erwerbstitel bestreitet und eventuell den Untergang des klägerischen Eigenthums in Folge rechtmäßigen und redlichen Erwerbes der Streitobjekte durch die sie selbst geltend macht (siehe Wintscheid, Pandekten, III. Auflage, Bd. III, § 614). Nur wo die Parteien über die Erbenqualität an sich oder über den Umfang der Erbberechtigung oder über die Art der erbrechtlichen Auseinandersetzung streiten, kann von einer Streitigkeit „über eine Erbschaft" im Sinne des § 212 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes gesprochen werden, nicht aber da, wo sich der Streit, wie hier, darum dreht, ob die Klagepartei auf Grund ihrer an sich nicht bestrittenen Erbberechtigung gegenüber einer bestimmten Person oder aber die Beklagte auf Grund eines singulären Eigenthumserwerbstitels Eigenthümer der streitigen Werthobjekte sei. Die Parteien sind vollständig einig darüber, daß, wenn der von der Beklagten vorgeschützte singuläre Erwerbstitel nicht Stich hält, sondern derjenige der Kläger, die streitigen Werthschriften ihnen zu $^9/_{13}$ und $^4/_{13}$ zukommen, ein Streit über den Umfang ihrer Erbberechtigung besteht also eventuell ebenfalls nicht und es handelt sich in diesem Prozesse auch nicht um eine erbrechtliche Auseinandersetzung, denn der Richter soll nicht eine Erbtheilung vornehmen, sondern bloß darüber entscheiden, ob die Beklagte bezüglich der streitigen Objekte einen singulären Erwerbstitel habe oder nicht, verneint er die Frage, so ist entschieden, daß der Klaganspruch auf Zuerkennung von $^9/_{13}$ an den vorhandenen Obligationen und Zahlung dieses Werthes vom Betrage der veräußerten Titel begründet

ist, etwas weiteres aber wird nicht verlangt. Auch bezüglich der Fahrhabe ist eventuell die Antheilsberechtigung nicht streitig und wird keine Theilung verlangt, sondern nur der Eigenthumserwerb der Kläger bestritten und eventuell der Untergang des *Eigen*thums in Folge Uebergang desselben auf die Beklagte geltend gemacht.

Anmerkung. Auf den ersten Blick könnte es den Anschein haben, die vorstehende Entscheidung stehe mit derjenigen in Sachen Diggelmann ca. Diggelmann (siehe Band IV dieser Blätter p. 149 u. folgd. und p. 381 u. folgd.) im Widerspruch, allein bei näherm Zusehen ergibt sich sofort, daß dem nicht so ist, sondern die beiden Entscheidungen durchaus im Einklang zu einander stehen, absolut klar wird dieß namentlich dann, wenn die Begründung des *bundes*gerichtlichen Urtheils in Sachen Diggelmann mit dem obigen Fall verglichen wird. Dort handelte es sich um die Anfechtung einer reinen Schenkung auf den Todesfall, also einer zu Lebzeiten des Schenkers jederzeit widerruflichen, nur im Falle Ueberlebens der Beschenkten in Kraft tretenden Zuwendung, die sich überdem ausdrücklich auf erst nach dem Tode des Schenkers vorhandenes Vermögen bezog. Der Streit zwischen den gesetzlichen Erben und der auf den Todesfall Beschenkten über die Gültigkeit der Schenkung war ganz selbstverständlich ein erbrechtlicher, weil beide Theile ihre Ansprüche auf Erbrecht stützten und dasselbe nur aus verschiedenen Titeln ableiteten, die Kläger aus Gesetz und die Beklagte aus letztwilliger Zuwendung und sich der Streit darum drehte, ob die Kläger Alleinerben seien oder diese Eigenschaft auch der Beklagten zukomme. Hier ist die Sache ganz anders. Weder ein erbrechtlicher Anspruch der Kläger noch ein solcher der Beklagten ist streitig; beide sind vielmehr vollständig einig sowohl über ihre Erbenqualität an sich als den Umfang derselben. Die Beklagte anerkennt, daß die Kläger zu $^9/_{13}$ am Nachlaß participiren und die letztern gestehen jener die Partizipation zu $^4/_{13}$ zu. Worüber hier Streit besteht, das ist die Frage, ob gewisse Werthobjekte zur Erbschaft gehören, d. h. ob sie Eigenthum des Erblassers gewesen und folglich auf seine Erben übergegangen seien, oder ob dieselben nicht gegentheils schon zu Lebzeiten des Erblassers einem Dritten, hier seiner Frau, gehört haben und von ihr auf die Beklagte übergegangen seien, eventuell ob, wenn sie noch dem Erblasser gehört haben und auf seine Erben übergegangen sind, diese ihr Eigenthum nicht an die Beklagte als gutgläubige Erwerberin verloren haben. Es ist das Erbrecht der Kläger anerkannt, ihr Eigenthum an den streitigen Sachen aber deßwegen bestritten, weil auch der Erblasser, von dem sie dasselbe ableiten, kein solches gehabt habe und eventuell das Eigenthum der Erben auf die Beklagte übergegangen sei und daraus ergibt sich sofort, daß die Klage hier nicht die Erbschafts-, sondern die Vindicationsklage ist (siehe übrigens Entscheidungen des Schweizer. Bundesgerichtes Bd. I pag. 196 und 197).

II.

Eine vor dem Inkrafttreten des schweizerischen Obligationen-Rechtes nach Massgabe des frühern Rechtes gültig entstandene Genossenschaft verliert das Recht der Persönlichkeit in Folge Nichteintragung ins Handelsregister (Art. 894) nur dann, wenn seit dem 1. Jenner 1883 eine stillschweigende Erneuerung des Genossenschaftsvertrages im Sinne von Art. 891 eingetreten ist und erst vom Moment dieser Erneuerung an, währenddem die Nichtbeachtung der Vorschrift des Art. 894 in andern Fällen und in der Zeit vor einer solchen Erneuerung nur das Einschreiten der Registerbehörden nach Massgabe des Art. 864 zur Folge haben kann.

Obergericht Zürich, Appellationskammer. 14. Mai 1887.

Im Konkurse des Andreas Wälchli, Senn in Altikon meldete die dortige Sennhüttengenossenschaft eine Forderung von 3500 Frkn. an und machte dafür ein gerichtliches Pfand-

recht geltend laut Pfandschein vom 12./13. Oktober 1886. Die Pfandrechts-Ansprache wurde bestritten und diese Bestreitung unter Anderm darauf gestützt, daß der Pfändungsbeamte, Gemeindammann Müller in Altikon, selbst Mitglied der Sennhüttengesellschaft sei und deßhalb bei Besorgung des Rechtstriebes und speziell der Pfändung *in eigener Sache* gehandelt habe, woraus gemäß § 4 des Schuldbetreibungsgesetzes die Nichtigkeit des ganzen Verfahrens und somit auch des Pfändungsaktes folge. Die genannte Gesetzesstelle (§ 4 des Schuldbetreibungs-Gesetzes) schreibt wirklich vor, der Gemeindammann habe sich der Ausübung seines Amtes unaufgefordert zu enthalten: 1. „in seinen eigenen Sachen" und der § 5 bestimmt weiter, daß ein bezügliches Betreibungsbegehren von ihm dem Stellvertreter zu übermitteln sei und deßhalb nahmen beide Instanzen an, daß wenn davon auszugehen wäre, es habe Gemeindammann Müller wirklich in eigener Sache gehandelt, das Betreibungs- und Pfändungsverfahren allerdings an Nichtigkeit leiden würde und das angesprochene Pfandrecht deßhalb verworfen werden müßte. Da als festgestellt betrachtet wurde, daß Müller wirklich Mitglied der Sennhüttengesellschaft sei, hing die Frage, ob er in eigener Sache gehandelt habe, oder nicht, lediglich davon ab, ob der genannten Gesellschaft im Zeitpunkte der Pfändung der Charakter einer juristischen Person, also eines selbständigen, von den einzelnen Gliedern derselben unabhängigen Rechtssubjectes oder aber nur der Charakter einer gesellschaftlichen Verbindung ohne das Recht der Persönlichkeit zugekommen sei. Die Sennhüttengesellschaft ist im Jahre 1873, also unter der Herrschaft des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches gegründet worden und man nahm an, daß dieselbe damals unzweifelhaft den Charakter einer Corporation im Sinne des § 20 des privatrechtlichen Gesetzbuches erhalten und bis zum Inkrafttreten des schweizerischen Obligationenrechtes auch beibehalten habe. Nun behaupteten aber die Einsprecher weiter, daß die Gesellschaft die juristische Persönlichkeit seither und zwar deßwegen verloren habe, weil von ihr versäumt worden sei, sich nach den Vorschriften des Obligationenrechtes in das Handelsregister eintragen zu lassen, *indessen wurde auch dieser Einwand von beiden Instanzen verworfen* und zwar von der Appellationskammer des Obergerichtes

aus folgenden Gründen:

1. Es kommen bezüglich dieser Frage die Bestimmungen der Art. 891 und 894 in Betracht. Nach der erstern sollen bei stillschweigender Fortsetzung eines vor dem 1. Jenner 1883 abgeschlossenen Genossenschaftsvertrages, d. h. wenn in den Statuten einer vor dem 1. Jenner 1883 gegründeten Genossenschaft für das Bestehen dieser eine gewisse Zeitdauer bestimmt gewesen ist und diese Zeitdauer nach dem 1. Jenner 1883 zu Ende geht, die Mitglieder aber ohne förmliche Abrede thatsächlich die Gemeinschaft auf Grund der frühern Statuten fortsetzen, — die Vorschriften des Obligationenrechtes in Kraft treten; es findet also im Besondern auf die Genossenschaften Art. 678 Anwendung, wonach Personenverbände, welche, wie die Sennhüttengesellschaften, gemeinsame Zwecke des wirthschaftlichen Verkehrs verfolgen, um als Genossenschaften das Recht der Persönlichkeit zu erwerben, gehalten sind, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen; die Genossenschaft ist pflichtig, bei der Erneuerung des Verbandes diese Eintragung erfolgen zu lassen und es ist anzunehmen, daß wenn diesem gesetzlichen Erforderniß ein Genüge nicht geschieht, die Genossenschaft des Rechtes der Persönlichkeit, das sie bis dahin, auch ohne im Handelsregister eingetragen zu sein, beseßen hatte, verlustig wird.

2. Nach Art. 894 besteht die im Gesetze ausgesprochene Verpflichtung zur Eintragung ins Handelsregister auch für solche Rechtsverhältnisse, welche aus der Zeit vor dem 1. Jenner 1883 „herrühren", d. h. für Rechtsverhältnisse, deren Gründung in die Zeit vor den 1. Jenner 1883 zurückfällt und welche noch fortbestehen, ohne daß in Folge Ablaufs einer gewissen Zeitdauer, für welche das Bestehen des Verhältnisses festgesetzt gewesen ist, eine ausdrückliche oder aus den Umständen zu entnehmende Abrede der Betheiligten über „Fortsetzung" desselben seit

dem 1. Jenner 1883 erforderlich gewesen wäre. Bei solchen Rechtsverhältnissen, unter Anderm eines Genossenschaftsvertrages, wird um des Umstandes willen, daß die Betheiligten seit Einführung des Obligationenrechtes keine Veranlaßung gehabt haben, über Erneuerung des Vertrages sich zu verständigen und bei dieser Gelegenheit den Vertrag und ihre ganze Organisation mit den Vorschriften des Obligationenrechtes in Einklang zu bringen, — in Abweichung von demjenigen, was betreffend die unter Art. 891 fallenden Verträge gesagt worden ist, — richtigerweise anzunehmen sein, daß die Versäumung der Eintragung ins Handelsregister nicht sofort den Verlust des Rechtes der Persönlichkeit nach sich zieht, sondern nur den Registerbehörden gemäß Art. 864 Veranlaßung zum Einschreiten gibt.

3. Da nun nach den Statuten der Ansprecherin der genossenschaftliche Verband erst zu Ende geht, wenn die Auflösung der Gesellschaft mit $^{3}/_{4}$ der Stimmen beschlossen wird, so hat man es in concreto mit einem der in Art. 894 vorgesehenen Fälle zu thun und es ist deßhalb die Frage, ob Ansprecherin dadurch, daß sie laut Bescheinigung des Handelsregisterführers bis dahin versäumt hat, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, des Rechtes der Persönlichkeit verlustig geworden sei, zu verneinen und demgemäß anzunehmen, Gemeindammann Müller habe bei Vornahme der Pfändung vom 13. Oktober 1886 *nicht* in eigener Sache gehandelt.

III.

Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld.

1. Hat die Zahlung in Folge gerichtlichen Zwanges (Rechtstriebsverfahrens) stattgefunden, so ist für die Frage der Rückforderung kantonales Recht maßgebend und somit der § 1228 des P.-R. G.-B. durch das Schweiz. O.-R. nicht aufgehoben.

2. Den Entscheiden im summarischen Verfahren kommt keine Rechtskraft zu und deßhalb muß der § 1228 des P.-R. G.-B. auch auf die Fälle ausgedehnt werden, in denen der Betriebene durch solche Entscheide zur Zahlung gezwungen worden ist.

3. Streit über die Rechtsgültigkeit eines stadträthlichen Regulativs betr. Jaucheabfuhr.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer. 14. Mai 1887 i. S. Götz ca. Kienast.)

Gottfried Götz und Friedrich Kienast sind Eigenthümer des Hauses zur „Wasserquelle" in Winterthur und zwar gehört das Hinterhaus, anstoßend an die Museumstraße dem Götz und das Vorderhaus, anstoßend an die Marktgasse dem Kienast. Ueber die Abtrittverhältnisse dieser beiden Häuser enthalten die aus den Jahren 1862 und 1865 datirten Kaufbriefe der Eigenthümer folgende Bestimmungen:

a. die aneinanderstoßenden Abtritte beider Häuserbesitzer haben ein gemeinsames Hauptrohr sowie einen gemeinsamen Jauchetrog. Diese Objekte sind gemeinsam zu unterhalten.

b. Dagegen gehört die in obigem Jauchetrog sich befindende Abtrittwaare dem Besitzer des Hinterhauses (Götz) allein, *wofür derselbe verpflichtet ist, die Abfuhr durch sein Hinterhaus jeweilen zu bewerkstelligen.* Der Besitzer des Vorderhauses ist nur berechtigt, Jauche für seinen eigenen Gebrauch ohne weitere Entschädigung aus dem erwähnten Jauchetrog wegzunehmen.

Mit dem 1. Januar 1886 trat für die Stadt Winterthur ein Regulativ betreffend Jaucheabfuhr in Kraft, welches unter Anderm folgende Bestimmungen enthält:

§ 1. Die Entleerung der Abtritte und die Abfuhr des Inhalts ist dem städtischen Bauamte übertragen und wird mittelst pneumatischer Apparate vollzogen.

§ 2. Den Hausbesitzern und Miethern ist es untersagt, die Abtrittstoffe auf eine andere als die in § 1 erwähnte Weise beseitigen zu lassen, ausgenommen diejenigen von isolirt gelegenen Häusern, wenn die Jauche in der eigenen Landwirthschaft verwendet wird.

§ 3. Die Entleerung und Abfuhr geschieht in regelmäßigem vierteljährlichem Turnus.

§ 5. Das Bauamt hat das Eigenthumsrecht an der abgeholten Jauche.

§ 7. Die Taxe für Entleerung der Grube sammt Abfuhr ist einstweilen auf 1 Fr. 30 per Faß festgesetzt.

§ 8. Anderweitige schriftliche Vereinbarung vorbehalten, sind die Taxen von den Eigenthümern des Grund und Bodens zu beziehen, auf welchem die betreffende Grube liegt.

Gestützt auf diese Bestimmungen belangte die Stadtverwaltung Winterthur den Götz auf Bezahlung von 2 Fr. 60 als Taxe für die Abfuhr von 2 Fäßern Jauche, davon ausgehend, daß er nach der erwähnten notariellen Regulirung der Abtrittverhältnisse zwischem dem Vorder- und Hinterhaus zur „Wasserquelle" die Jaucheabfuhr allein zu besorgen und auch deren Kosten allein zu tragen habe. Der Angesprochene anerkannte indeß nur die Hälfte des geforderten Betrages, behauptend, daß Kienast die andere Hälfte zu bezahlen verpflichtet sei, weil ihm die Abfuhr *aller* Jauche nur so lange obliege, als er die letztere auch erhalte, was nicht geschehe, so lange die Stadtverwaltung die Abfuhr besorge. Das Bezirksgerichtspräsidium verweigerte die Rechtsöffnung in der That für 1 Fr. 30, jedoch nur mit der Begründung, daß es richtiger sei, die Stadtverwaltung halte sich ihrerseits einfach an die Thatsache, daß die Abtrittgrube je zur Hälfte auf dem Grund und Boden der Parteien liege und beziehe demgemäß von jeder die Hälfte, es dem Kienast überlassend, das seinerseits bezahlte auf Grund der besondern zwischen ihm und Götz bestehenden privatrechtlichen Verhältnisse von dem letztern zurückzuverlangen.

Auf Grund dieser Entscheidung bezahlte Kienast die 1 Fr. 30 und entrichtete etwas später auch die Hälfte der für weitere 3 Faß berechneten Abfuhrtaxe mit 1 Fr. 95, so daß er nun im Ganzen für Jaucheabfuhr 3 Fr. 25 verausgabt hatte. Für diesen Betrag betrieb er den Götz und erhielt auf den ausgewirkten Rechtsvorschlag hin Rechtsöffnung, die auch zweitinstanzlich bestätigt wurde. Götz war somit gezwungen, den Betrag zu bezahlen und er zahlte auch, stellte aber sofort die Rückforderungsklage und zwar in der Meinung, daß dem dadurch veranlaßten Entscheid die Bedeutung einer *grundsätzlichen* Feststellung darüber zukommen soll, ob er die Abfuhrkosten *allein* oder nur zur Hälfte zu tragen verpflichtet sei, welch letzterer Umstand denn auch geeignet war, die sonst nicht vorhandene Competenz des Bezirks- und Obergerichtes auf Grund des § 229 des Rechtspflegegesetzes und der Interpretation, welche diese Gesetzesstelle in der Praxis gefunden hat, als gegeben zu betrachten (siehe Streuli Commentar zu § 229 Zif. 2).

Götz führte aus, daß die Entscheidungen im summarischen Verfahren, welche ihn zur Zahlung der 3 Fr. 25 gezwungen hätten, keine Rechtskraft besitzen und daß er deßhalb nach § 1228 des P.-R. G.-B. zur Rückforderung berechtigt sei, sobald er eine Nichtschuld bezahlt habe, dieß aber müsse aus zwei Gründen angenommen werden:

1. weil das städtische Regulativ betreffend die Jaucheabfuhr als ein in wohlerworbene Privatrechte eingreifender Erlaß rechtsungültig sei, davon ausgehend weder er noch Kienast der Stadtverwaltung etwas schuldig geworden sein können und wenn daher letzterer dennoch eine Zahlung geleistet habe, darin nicht die Erfüllung einer ihm, dem Götz, obliegenden Verpflichtung erblickt werden könne, woraus weiter folge, daß ihm eine Rückerstattungspflicht nicht obgelegen und er somit eine Nichtschuld bezahlt habe; und

2. weil die ihm laut der notariellen Regulirung der Abtrittverhältnisse obliegende Verpflichtung zur *Allein*abfuhr der Jauche mit Rücksicht darauf, daß dieselbe an die Berechtigung gleichzeitiger Verfügung über die Jauche geknüpft sei, diese Berechtigung aber bei der Abfuhr durch die Stadtverwaltung dahin falle, — für die Geltungszeit des städtischen Regulativs suspendirt bleibe.

Beide Instanzen wiesen die Klage ab und zwar die Appellationskammer des Obergerichtes

aus folgenden Gründen:

1. Die einzig mögliche rechtliche Auffassung der Klage ist diejenige der Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld. Trotzdem kommt bei deren Beurtheilung das schweizerische Obligationenrecht nicht zur Anwendung, denn

dasselbe erstreckt sich nicht auf diejenigen Rückforderungsklagen, bei welchen die zurückgeforderte Zahlung in Folge gerichtlichen Zwanges geleistet worden ist (siehe Schneiders Commentar zu Art. 72 des schw. O.-R. Ziff. 2). Hier ist vielmehr das Gesetzgebungsrecht den Kantonen verblieben, und zwar ohne Zweifel deßhalb, weil diese Art der Rückforderungsklage in sehr enger Verbindung mit dem Prozeßrechte steht, die Bundesgesetzgebung aber überall daran Anstoß nimmt, in solche Materien einzugreifen, welche ihrer Natur nach geeignet sind, das Prozeßrecht zu beeinflussen. Es besteht daher § 1228 des Pr.-G.-B. immer noch zu Recht, was auch dadurch bekräftigt wird, daß diese Gesetzesbestimmung, wenn auch in veränderter Gestalt in den Entwurf zu einem neuen zürcherischen Privatrecht übergegangen ist (§ 1096 des fragl. Entwurfs). Dem Wortlaute nach bezieht sich der fragliche § 1228 allerdings nur auf diejenigen Fälle, wo der mit Rechtstrieb Belangte wegen Versäumung der für die Einsprache gesetzten Fristen zur Zahlung einer Nichtschuld gezwungen worden ist. Allein sobald man den Entscheiden im summarischen Verfahren keine Rechtskraft zuerkennt, muß derselbe auch auf die Fälle ausgedehnt werden, wo der Betriebene durch solche Entscheide zur Zahlung gezwungen worden ist. Ohne Zweifel ist auch gerade deßhalb der § 1096 des neuen Entwurfs so gefaßt worden, daß er diese letztern Fälle ebenfalls in sich schließt. In der neuern Praxis des Obergerichts steht auch über jeden Zweifel fest, daß den Entscheiden im summarischen Verfahren keine Rechtskraft zukommt (siehe Streulis Commentar zu § 561 Ziff. 2). Denn der vom Bezirksgericht citirte Entscheid unter Ziff. 3 von Streulis Commentar besagt bloß, daß ein im summarischen Verfahren abgewiesener Rechtsanspruch nicht zum zweiten Mal wieder im summarischen Verfahren geltend gemacht werden dürfe. Die Forderung des Klägers wäre daher begründet, wenn er die materiellen Voraussetzungen der auf § 1228 des Pr.-G.B. gegründeten Rückforderungsklage zu beweisen vermöchte.

2. Dieß ist jedoch nicht der Fall, obschon für diese Rückforderungsklage der Nachweis der bezahlten Nichtschuld genügt; denn nicht nur hat der Kläger nicht bewiesen, daß er eine Nichtschuld bezahlt hat, sondern es steht umgekehrt durchaus fest, daß was er zahlte, eine im Rechte begründete Schuld gewesen ist.

3. Mit Unrecht bestreitet der Appellant die Rechtsgültigkeit des vom Stadtrathe Winterthur erlassenen und von der Gemeinde genehmigten Regulativs betr. Jaucheabfuhr. Der Erlaß polizeilicher Vorschriften zum Zwecke geruchloser Abfuhr der Jauche steht ganz unzweifelhaft in der Kompetenz der einzelnen Gemeinden, und wenn dadurch auch ökonomische Interessen der Hauseigenthümer verletzt werden, weil selbstverständlich die geruchlose Abfuhr theurer ist als die gewöhnliche, so berechtigt dieß doch die letztern zu keinen Schadenersatzansprüchen; denn fast alle polizeilichen Vorschriften beeinträchtigen mehr oder weniger die ökonomischen Interessen der von ihnen Betroffenen. Eine Gemeindeverordnung, welche sich darauf beschränkte, lediglich die Hauseigenthümer zu geruchloser Abfuhr zu verpflichten und zugleich vorschriebe, auf welche Weise hiebei zu verfahren sei, wäre daher zweifellos rechtsgültig. Wenn aber eine solche Gemeindeordnung, wie diejenige der Stadt Winterthur, noch weiter vorschreibt, daß die Hauseigenthümer sich für die fragliche Abfuhr einer von der Gemeinde selbst geführten Unternehmung zu bedienen und die dafür angesetzten Taxen zu bezahlen haben, so kann dieß sicherlich angefochten werden, insofern die Taxen so hoch sind, daß sich dadurch der Gemeinde eine förmliche neue Einnahmsquelle eröffnet; denn das wäre nichts Anderes als eine auf die Hausbesitzer gelegte indirekte Steuer. Allein solange die Taxen nicht höher angesetzt werden, als zur Deckung der Kosten der Unternehmung erforderlich ist, wird auch eine solche allerdings ziemlich weit gehende Bestimmung kaum als rechtsungültig bezeichnet werden können. Es ist nämlich selbstverständlich, daß der einzelne Hausbesitzer die geruchlose Abfuhr seiner Jauche in der durch die Verordnung vorgeschriebenen Weise nicht selbst besorgen könnte, sondern dies durch einen Unternehmer, der die hiezu

nöthigen Apparate besitzt, besorgen lassen müßte und da dieser letztere hiebei natürlich einen Gewinn erzielen will, so erweist die Gemeinde den einzelnen Hauseigenthümern geradezu eine Wohlthat, wenn sie die geruchlose Jaucheabfuhr selbst besorgt und dafür nicht mehr Entschädigung beansprucht, als sie zur Deckung ihrer Selbstkosten bedarf. Ganz besonders wichtig ist auch, daß auf diese Weise der richtige Vollzug der polizeilichen Vorschriften weit besser garantirt ist, als wenn die Jaucheabfuhr durch Privatunternehmer stattfindet. Nun besteht die für die Abfuhr verlangte Entschädigung, wie dies in der Natur der Sache liegt, zunächst in der Ueberlassung der Jauche an Zahlungsstatt und außerdem in einer kleinen Geldleistung, und es wagt der Appellant selbst nicht zu behaupten, daß diese Erträge der Unternehmung so groß seien, daß der Stadtgemeinde Winterthur dadurch eine erhebliche Einnahme über die Selbstkosten hinaus entstehe. Es haben daher jedenfalls die Gerichte keinen Grund, die auf dem Verwaltungswege von Niemandem angefochene Verordnung nicht zu schützen.

4. Nach dem Grundprotokoll hat das Haus des Klägers gegenüber demjenigen des Beklagten die dingliche Berechtigung, daß die vom letztern produzirte Jauche ins Eigenthum des Besitzers des erstern übergeht, zugleich aber auch die dingliche Last der Abfuhr dieser Jauche auf eigene Kosten. Diese beiden Servitutsbestimmungen sind natürlich rechtsgültig; denn der Grundsatz des Römischen Rechts, daß keine Servituten bestehen können, welche den Belasteten zu einem bestimmten Thun verpflichten, gilt im zürcherischen und überhaupt im modernen Rechte nicht mehr. Früher, d. h. so lange die Hausbesitzer nicht zu *geruchloser* Abfuhr ihrer Jauche verpflichtet waren, wurde jene Verpflichtung zur Jaucheabfuhr durch die Berechtigung an der Jauche des Hauses des Beklagten mehr als aufgewogen, daß sie nun aber dahinfalle, weil sich dieß in Folge der dem Kläger aus polizeilichen Gründen auferlegten Verpflichtung zu *geruchloser* Jaucheabfuhr geändert hat, so daß nunmehr die Berechtigung von geringerm Werthe ist als die Belastung, läßt sich in keiner Weise rechtlich begründen. In Folge dessen ist der Kläger heute noch so gut wie früher zur Abfuhr der Jauche des beklagtischen Hauses auf eigene Kosten verpflichtet und daher auch pflichtig, die von der Stadt Winterthur hiefür verlangte Taxe zu bezahlen, resp. dem Beklagten, welcher dieselbe bezahlt hat, zurück zu vergüten.

5. Die Klage müßte übrigens selbst dann verworfen werden, wenn man der Gemeinde das Recht, die Hauseigenthümer zur Benutzung des eigenen Jaucheabfuhrunternehmens zu zwingen, nicht zuerkennen wollte; denn es ist klar, daß der Beklagte zum Mindesten *berechtigt* war, die Jaucheabfuhr durch die städtische Unternehmung besorgen zu lassen, und daß ihm demnach eine auf Vergütung seiner hiebei gehabten Auslagen gerichtete Klage aus Geschäftsführung, ohne Auftrag gegenüber dem Kläger zustand; denn der Kläger hat nicht einmal den Versuch gemacht, nachzuweisen, daß diese Geschäftsbesorgung nicht in seinem Interesse gelegen habe, weil es möglich gewesen wäre, die Jauche durch einen andern Unternehmer gegen eine billigere Taxe geruchlos abführen zu lassen. Einen solchen Nachweis hätte er übrigens auch offenbar gar nicht leisten können, da notorisch Privatunternehmungen zu geruchloser Abfuhr der Jauche in Winterthur nicht bestehen, und sicherlich auch, selbst wenn man ihnen die Konkurrenz mit der städtischen Unternehmung gestattet, nicht entstehen würden, so lange die Taxen der letztern die zur Deckung der Selbstkosten erforderliche Höhe nicht erheblich übersteigen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Juli 1887. VI. Band. № 13.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Bundesrathsbeschluss

betreffend

die Verpflichtungen der Nordostbahngesellschaft gegenüber den sogenannten Moratoriumslinien.

(Vom 23. Juni 1887.)

Der schweizerische Bundesrath

hat

in Erledigung der ihm durch die Moratoriumsverträge der Nordostbahn, sowie durch den Bundesbeschluss vom 14. Februar 1878 zur Entscheidung übertragenen Frage den Akten entnommen:

Die Nordostbahn hat in den Jahren 1872 und 1873 eine Reihe von Verträgen abgeschlossen, wodurch sie sich theils zum Bau und Betrieb verschiedener Bahnlinien, theils zur Betheiligung bei derartigen Unternehmungen verpflichtete.

Diese Verträge sind nach der Zeit des Abschlusses geordnet folgende:

1) Vertrag zwischen dem *aargauischen Regierungsrathe, Namens des Kantons Aargau*, und den Eisenbahngesellschaften der *schweiz. Centralbahn* und der *schweiz. Nordostbahn*, vom 25. Februar 1872;
2) Vertrag mit dem *Centralkomite für Begründung einer linksseitigen Zürichseebahn*, vom 4. Juli 1872;
3) Vertrag mit dem *Komite der Eisenbahn Dielsdorf-Niederweningen*, betreffend den Bau einer Eisenbahn zwischen diesen Ortschaften, vom 2. August 1872;
4) Vereinbarung mit dem *Gründungskomite für die Eisenbahn Etzweilen-Schaffhausen* zur Betheiligung bei einer Eisenbahnunternehmung Etzweilen-Schaffhausen, vom 15. Februar 1873;
5) Vertrag mit dem *Initiativkomite zur Anstrebung einer Eisenbahn von Bülach nach Schaffhausen*, vom 7. Mai 1873;
6) Vertrag mit der *Gesellschaft für Begründung einer rechtsufrigen Zürichseebahn*, vom 5. Juli 1873.

Zu Anfang des Jahres 1877 sah sich die Nordostbahn veranlaßt, die Erklärung abzugeben, daß sie sich außer Stande befinde, die von ihr theils allein, theils in Gemeinschaft mit der Centralbahn durch die genannten Verträge übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen und ersuchte den Bundesrath auf Grund eines Programmes um seine Dazwischenkunft zum Zwecke einer Verständigung mit den bei den Verträgen betheiligten Kantonalbehörden und Komites.

Da dieses Interventionsgesuch von der B-

gierungen der Kantone Schaffhausen, Aargau und Thurgau unterstützt wurde, gewährte der Bundesrath seine lediglich geschäftliche Vermittlung, bestehend in der Veranlaßung und Leitung der zu dem angestrebten Zwecke nöthigen Verhandlungen (siehe Botschaft des Bundesrathes vom 15. Dezember 1877).

Diese Verhandlungen führten zum Abschluß der sogenannten Moratoriumsverträge, welche von der Nordostbahn mit den Eingangs erwähnten Kontrahenten (mit Ausnahme des „Komite der Eisenbahn Dielsdorf-Niederweningen" und der Gesellschaft für Begründung einer rechtsufrigen Zürichseebahn) am 1. Juni 1877 abgeschlossen wurden.

Jeder dieser Verträge enthält folgenden Artikel:

„Zur Inangriffnahme der Arbeiten an der Linie . . . . wird der schweiz. Nordostbahn Frist bis Ende 1885 gewährt, und zwar in dem Sinne,

„*a.* daß dannzumal der Bundesrath zu entscheiden hat, ob die Nordostbahn wieder genügend erstarkt sei, um die Arbeiten an den Linien . . . . . . und eventuell Zürich-Rapperswyl und Dielsdorf-Niederweningen an die Hand zu nehmen, und in welcher Reihenfolge dies zu geschehen habe, und

„*b.* daß, wenn in der Zwischenzeit ein Bewerber die Linie . . . . . auf einen frühern Zeitpunkt zu vollenden übernehmen wollte, die Nordostbahngesellschaft gehalten wäre, die Konzessionen demselben abzutreten, sofern sie nicht binnen Frist die gleiche Verpflichtung erfüllen zu wollen erklären würde."

Am 16. Januar 1878 kam auch ein Vertrag mit der „Gesellschaft für Begründung einer rechtsufrigen Zürichseebahn" zu Stande, dessen erster Artikel also lautet:

„Die Bestimmungen des am 3. und 4. Mai und am 1. Juni 1877 von den Unternehmungen Bülach-Schaffhausen, Etzweilen-Schaffhausen, Thalweil-Zug und Koblenz-Stein der schweizerischen Nordostbahn gewährten Moratoriums, wonach die Bauten bis Ende 1885 eingestellt bleiben dürfen und der Bundesrath zu entscheiden hat, ob dannzumal die Nordostbahngesellschaft wieder genügend erstarkt sei, um die Arbeiten wieder aufzunehmen, und in welcher Reihenfolge dies zu geschehen habe, finden auch auf die rechtsufrige Zürichseebahn Anwendung."

Ueber die Linie Dielsdorf-Niederweningen kam eine Vereinbarung nicht zu Stande.

Mit Schreiben vom 1./2. November 1877 stellte die Nordostbahn an die Bundesversammlung das Gesuch, es möchte dieselbe für die sechs genannten Linien diejenigen Fristverlängerungen gewähren, welche den getroffenen Moratoriumsvereinbarungen entsprechen. Diesem Gesuche haben die beiden Räthe durch Beschluß vom 14. Februar 1878 Folge gegeben, indem sie in Bezug auf die in den Konzessionen bestimmten Fristen einerseits und in Bezug auf die dem Bundesrathe übertragene Entscheidung anderseits in Art. 3 des genannten Beschlusses folgende Bestimmung trafen:

„Unter Vorbehalt erworbener Rechte werden die für die Bahnkonzessionen Thalweil-Zug, Etzweilen-Schaffhausen, Bülach-Schaffhausen, Koblenz-Stein, rechtsufrige Zürichseebahn und Dielsdorf-Niederweningen von den kantonalen und Bundesbehörden für den Finanzausweis, Beginn der Erdarbeiten und Inbetriebsetzung dieser Linien aufgestellten Fristen um 8 Jahre erstreckt.

„Soweit unter den Betheiligten eine diesbezügliche Vereinbarung besteht, hat der Bundesrath nach Ablauf des Jahres 1885 zu entscheiden, ob die Nordostbahngesellschaft wieder genügend erstarkt sei, um den Bau der vorgenannten Linien an Hand zu nehmen (beziehungsweise, was die Linien Etzweilen-Schaffhausen und Koblenz-Stein betrifft, ihre bezüglichen Vertragspflichten zu erfüllen), und in welcher Reihenfolge dies zu geschehen habe, und er wird dann unvorgreiflich den gesetzlichen Befugnissen der Bundesversammlung für jede einzelne Linie die Ausweis- und Bautermine neu festsetzen."

Durch diesen Beschluß wurde die Baufrist für sämmtliche sechs Bahnen, also auch für die rechtsufrige Zürichseebahn und die Linie Dielsdorf-Niederweningen, um 8 Jahre er-

streckt, obschon im Zeitpunkte des Beschlusses (14. Februar 1878) beide Bahnen sich weigerten, dem Moratorium beizutreten.

Um den Schwierigkeiten zu entgehen, welche sich bei der vertragsmäßigen Erledigung der Baufrage voraussehen ließen, sagte auf den Wunsch der Moratoriumslinien der Bundesrath im Oktober 1883 seine Vermittlung zur Erzielung eines gütlichen Abkommens zu; beide Theile traten darauf ein, aber es blieben die Verhandlungen ohne Erfolg. — Ein späterer Vergleichsversuch, der von der Nordostbahn eingeleitet wurde, hatte kein besseres Ergebniß.

Bei dieser Sachlage sah sich der Bundesrath verpflichtet, auf die Vorbereitung der ihm übertragenen Entscheidung Bedacht zu nehmen und zunächst von der Nordostbahn eine Darstellung und einen Ausweis über alle diejenigen Verhältnisse einzuverlangen, welche bei dieser Entscheidung in Betracht fallen.

Insbesondere wurde verlangt:

1) die Baukostenrechnung für jede der einzelnen Linien, unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Preisverhältnisse;
2) die sowohl für jede der einzelnen Linien besonders herzustellende, als auch unter der Voraussetzung der Erstellung der sämmtlichen verschobenen Linien hinsichtlich der Gesammtheit derselben zu entwerfende Berechnung der muthmaßlichen Betriebsergebnisse in Einnahmen und Ausgaben;
3) die Darstellung der Wirkungen, welche der Betrieb jeder einzelnen der verschobenen Linien sowohl als der Gesammtheit derselben muthmaßlich auf die Betriebsergebnisse des dermaligen Nordostbahnnetzes haben wird.

Die Nordostbahn kam diesem Auftrage durch Einsendung eines reichhaltigen Aktenmaterials, dessen letzter Theil am 25. November 1885 einlangte, nach. Schon vor diesem Termine, am 17. November, ernannte der Bundesrath eine Expertenkommission in den Personen der Herren Ingenieure G. Koller in Bern, M. Buri in Basel und Jules Grandjean in Chaux-de-Fonds, und stellte denselben die Aufgabe,

1) für jede einzelne der Moratoriumslinien unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Preisverhältnisse eine Baukostenberechnung aufzustellen;
2) die muthmaßlichen Betriebsergebnisse in Einnahmen und Ausgaben zu berechnen, und zwar sowohl für jede einzelne Linie als für die Gesammtheit der verschobenen Linien;
3. die Wirkungen darzustellen, welche der Betrieb jeder einzelnen der verschobenen Linien sowohl als der Gesammtheit derselben muthmaßlich auf die Betriebsergebnisse des dermaligen Netzes der Nordostbahn haben wird.

Die Experten wurden angewiesen, in erster Linie das von der Nordostbahn vorgelegte Material zu ergänzen und einer genauen Prüfung zu unterstellen, ferner sich mit den Vertretern der verschiedenen Linien in Verbindung zu setzen und dieselben zu veranlaßen, sich sowohl über die Frage der Baukosten zu äußern, als namentlich auch die in deren Bereich liegenden Angaben über die Verkehrsverhältnisse den Experten zur Verfügung zu stellen; im Weitern die Vertreter der Bahnen vor der Kommission anzuhören, um sie auf alle maßgebenden Punkte aufmerksam zu machen und ihnen freizustellen, ihre Anliegen auch schriftlich entweder der Kommission oder dem Departemente einzureichen. Endlich wurden die Experten angewiesen, durch Besichtigung des Terrains sich die erforderlichen Aufschlüsse zu verschaffen.

In der ersten Hälfte des vorigen Jahres ging die Expertise dem bundesräthlichen Programm zufolge vor sich und am 10. August 1886 waren die Sachverständigen in der Lage, ihren schriftlichen, sehr einläßlichen Bericht zu erstatten, aus dem sich namentlich auch ergibt, daß alle Betheiligten die Gelegenheit erhalten und benützt haben, sich über ihre Interessen mündlich und schriftlich auszusprechen.

Die Prüfung dieses Berichtes, der sowohl der Nordostbahn, als den Moratoriumsbahnen, sowie den betreffenden Regierungen und der Centralbahn mitgetheilt wurde, veranlaßte den Bundesrath (aus Gründen, deren Erörterung

nicht an diese Stelle gehört) zu dem Beschlusse, es seien mit der Verwaltung der Nordostbahn über den käuflichen Erwerb dieser Unternehmung zu Handen des Bundes Vertragsunterhandlungen anzuknüpfen.

Infolge dieses Beschlusses wurden von einer Delegation des Bundesrathes neue Vergleichsverhandlungen zwischen der Nordostbahn und den Vertretern der Moratoriumslinien angebahnt und am Schlusse derselben die Nordostbahn veranlaßt, sich in bestimmter Weise schriftüber die ihr mitgetheilten Begehren der Komites auszusprechen. Am 21. März ds. Js. langten die Anerbietungen der Nordostbahn ein und wurden den Betheiligten mit der Einladung eröffnet, ihre endgültigen Erklärungen bis zum 20. Mai an das Eisenbahndepartement gelangen zu lassen. Sämmtliche eingegangene Antworten lauten ablehnend, und es stellen sich die Differenzen als so bedeutend heraus, daß der Bundesrath die Fortsetzung der Unterhandlungen als durchaus erfolglos betrachten müßte.

Bei dieser Sachlage hat der Bundesrath gegenüber den sämmtlichen bei den Moratoriumsverträgen Betheiligten die Verpflichtung, diejenige Entscheidung zu treffen, welche ihm durch die genannten Verträge übertragen und zu welcher er durch den Bundesbeschluß vom 14. Februar 1878 ermächtigt worden ist. Bei diesem Entscheid fällt die Linie Dielsdorf-Niederweningen außer Betracht, da dieselbe einen Moratoriumsvertrag nicht abgeschlossen hat und eine Urtheilskompentenz durch die auch für diese Bahn geltende Konzessionsverlängerung nicht begründet worden ist.

Die Entscheidung des Bundesrathes stützt sich auf folgende *Erwägungen*:

Die zu entscheidenden Fragen gehen dahin:

ob die Nordostbahn wieder genügend erstarkt sei, um die Arbeiten an den Linien Thalweil-Zug, Etzweilen-Schaffhausen, Bülach-Schaffhausen, Koblenz-Stein, Zürich-Rapperswyl und Dielsdorf-Niederweningen an die Hand zu nehmen, und

in welcher Reihenfolge dies zu geschehen habe.

1) In erster Linie ist zu erörtern, welchen Maßstab der Bundesrath bei der Beurtheilung der „Erstarkung" der Nordostbahn anzulegen habe. Nach dem Wortlaut der Verträge soll die letztere genügend sein, „um die Arbeiten an den Moratoriumslinien an die Hand zu nehmen". Der Sinn, welchen die Kontrahenten mit diesen Worten verbunden haben, ergibt sich aus den Bestimmungen der von ihnen abgeschlossenen Bauverträge. Vier dieser Verträge sprechen sich ohne Ausnahme dahin aus, daß die Nordostbahn den Bau *und Betrieb* der betreffenden Eisenbahnlinien zu übernehmen und der fünfte (Etzweilen-Schaffhausen), daß sie sich bei dem Bau *und Betrieb* dieser Linie zu betheiligen habe. Es folgt hieraus, daß nach dem Willen der Kontrahenten die Untersuchung sich nicht bloß auf die Erörterung der Mittel beschränken darf, welche erforderlich sind, um, im engern Sinne des Wortes, „den Bau der Linien an die Hand zu nehmen", sondern daß der Bundesrath festzustellen hat, ob die Nordostbahn im Stande sich befinde, die aus dem Bau *und dem Betrieb* der neuen Bahnen sich voraussichtlich ergebenden Lasten zu übernehmen, ohne ihren finanziellen Bestand und ihre den Konzessionen und den Gesetzen gemäße Leistungsfähigkeit zu gefährden. Diese Auffassung ist auch dem Gutachten der Experten und den Schlußfolgerungen desselben zu Grunde gelegt; dasselbe gelangt zu dem Schlusse, daß die Nordostbahn durch den künftigen Betrieb der von ihr zu erbauenden Linien eine jährliche Einbuße von Frkn. 1,741,911 erleiden werde. Diese Einbuße muß durch die Erträgnisse der jetzigen Linien der Nordostbahn gedeckt werden. Die Rechnung des Jahres 1886 weist einen Reingewinn auf von Fr. 1,349,704. 50; derselbe wird sich in Folge der vorgenommenen Schuldenkonversion die folgenden Jahre um Frkn. 448,000 vermehren und demnach in Zukunft, wie anzunehmen ist, in runder Summe Fr. 1,800,000 betragen. Aus diesem Zahlenverhältniß, bei welchem sich die Deckung des Defizits der Moratoriumslinien ergibt, darf aber keineswegs die Erstarkung der Nordostbahn im Sinne des Vertrages abgeleitet werden. Neben der Größe des Reinertrages

kommt die Art der Verwendung desselben für die Entscheidung der Erstarkungsfrage wesentlich in Betracht.

Das Expertengutachten geht von der Annahme aus, es werde die Nordostbahn die zum Bau der Moratoriumslinien nöthigen Gelder auf dem Wege des Anleihens beschaffen und die Zinse des letztern aus den jährlichen Reinerträgnissen bestreiten; offenbar ist aber auch der andere Fall ins Auge zu fassen, daß die Reinerträgnisse zur Bestreitung der Baukosten herbeigezogen werden und die Kontrahirung der Bauschulden entweder gar nicht oder nur in beschränktem Maße nothwendig wird. Der Unterschied ist in die Augen springend.

Im erstern Falle vermehrt die Nordostbahn ihre Obligationenschuld während der Bauperiode um den endlichen Betrag von annähernd Fr. 40,000,000 (wobei der Antheil der Centralbahn an die Linie Koblenz-Stein in Abzug gebracht und die Geldbeschaffungskosten nach dem Expertengutachten mit rund 3 Millionen Franken zugerechnet sind). Aus dieser Schuld erwächst eine bleibende jährliche Zinslast von Frkn. 1,600,000, welche somit der von den Experten berechneten Totaleinbuße von rund Fr. 1,740,000 beinahe gleichkommt. Dieser Sachlage gegenüber kann die Nordostbahn auch bei einer Jahresreineinnahme von Fr. 1,800,000 keineswegs als „erstarkt" betrachtet werden. Abgesehen davon, daß diese Zahlen, als auf bloßer Schätzung beruhend, nicht auf absolute Richtigkeit Anspruch machen können, würden durch die Kapitalbeschaffung die Passiven der Nordostbahn Jahr für Jahr vermehrt, die Wahrscheinlichkeit, für den Bau unrentabler Linien Kredit zu finden, stetig verringert und am Ende der Bauperiode die heutige Bauverpflichtung vom finanziellen Standpunkt aus nicht etwa getilgt, sondern in eine Obligationsschuld umgewandeld, deren Zinslast nicht bloß die Leistungsfähigkeit der Nordostbahn, sondern sogar ihre Existenz in Frage stellt, sobald der bei den erfahrungsmäßigen Wechselfällen einer Eisenbahnunternehmung in Rechnung zu ziehende Fall eintritt, daß sich die Reineinnahmen um einen nicht sehr bedeutenden Betrag von etwa Fr. 200,000 vermindern.

Für den Fall, daß die Baukosten der Moratoriumslinien auf dem Wege des Anleihens beschafft werden sollen, ist demnach die Frage der Erstarkung zur Zeit zu verneinen.

Wesentlich verschieden gestaltet sich die Antwort unter der zweiten der oben erwähnten Voraussetzungen, auf den Fall nämlich, daß zur Bestreitung der Baukosten die jährlichen Reineinnahmen herbeigezogen werden. Wird in dieser Weise vorgegangen, so erscheinen die mit dem Anleihen verbundenen Bedenken als erledigt. Durch die Zuwendungen aus dem Reingewinn wird die in den Baukosten sich darstellende Schuld jährlich vermindert, die finanzielle Erstarkung der Nordostbahn nimmt also stetig zu, sie wird dadurch in die Lage versetzt, die allfällig nöthige Vermehrung der Baugelder sich auch auf dem Wege des Anleihens leichter zu beschaffen, und am Schlusse der Bauperiode findet sich zufolge des Wegfalles der Anleihenszinse voraussichtlich auch der größte Theil der von den Experten berechneten Totaleinbuße beseitigt.

Wenn nun ferner in Betracht gezogen wird, daß abgesehen von weitern bei dem Finanzausweise zu erörternden finanziellen Mitteln die Moratoriumslinien die Summe von Frkn. 10,282,000 als Anleihen aufzubringen haben und daß laut Rechnung für das Jahr 1886 die „noch nicht bezahlten Dividenden" die Summe von Fr. 2,947,862. 50 ausmachen, so gelangt der Bundesrath zu dem Schlusse, daß die Nordostbahn bei Inanspruchnahme der jährlichen Reingewinne genügend erstarkt sei, um den Bau der verschobenen Moratoriumslinien an die Hand zu nehmen und die gebauten Linien zu betreiben.

2) Durch die Erklärung des Bundesrathes, daß die Nordostbahn genügend erstarkt sei, wird dieselbe verpflichtet, die Mittel, welche ihre finanzielle Stärke ausmachen, zum Bau der verschobenen Linien zu verwenden und sich jeder Maßregel zu enthalten, durch welche die Erstarkung wieder gefährdet werden könnte.

Es kann daher der Nordostbahn nicht frei-

stehen, die Baukosten der Moratoriumslinien in beliebiger Weise zu decken, sondern es hat dieselbe denjenigen Grundsätzen Rechnung zu tragen, welche in diesem Beschlusse über die Frage der Erstarkung aufgestellt sind. Diese Grundsätze wird der Bundesrath im einzelnen Falle, bei der Erledigung der Jahresrechnungen, sowie bei Prüfung des für die einzelnen Linien zu leistenden Finanzausweises, in Vollziehung setzen.

Selbstverständlich bleiben im Weitern alle gesetzlichen Verfügungen, welche der Bundesrath als solcher zu treffen hat, vorbehalten.

3) Nach den Moratoriumsverträgen hat der Bundesrath sich nicht bloß über die Frage auszusprechen, ob die Nordostbahn den Bau der Linien an die Hand zu nehmen habe, sondern er hat eventuell auch zu bestimmen, in welcher Reihenfolge dies geschehen soll. Ueber diesen Punkt ist vorerst grundsätzlich zu bemerken: Die Garantie, welche für die Moratoriumslinien in der Erstarkung der Nordostbahn liegt, muß für alle dieselbe sein. Die später zum Bau gelangenden Mittel dürfen nicht Gefahr laufen, daß die Mittel zu ihrer Ausführung schwieriger oder gar nicht aufzubringen seien, und die volle Gleichberechtigung der einzelneu Linien darf daher auch nicht durch die Anordnung des successiven Baues angetastet werden. Diesem Anspruche der Moratoriumslinien hat die Nordostbahn dadurch gerecht zu werden, daß in der oben ausgeführten Weise durch Zuziehung der Reinerträgnisse die Erstarkung nicht bloß erhalten, sondern im Verlaufe der Bauperiode erhöht wird.

Was die Reihenfolge selbst anbelangt, so ist es der Sache angemessen, daß dieselbe nicht von vornherein für alle Linien aufgestellt werde. Die Bestimmung der Reihenfolge soll aus sachlichen Gründen geschehen, welche aus dem öffentlichen Bedürfniß sowohl als aus den jeweiligen Verhältnissen der Nordostbahn zu entnehmen sein werden und demnach zur Zeit noch nicht in Berechnung gezogen werden können. Der Bundesrath wird ohne Verzug zur Bezeichnung der zuerst zu erbauenden Linie schreiten, sobald die Untersuchungen über die in Betracht kommenden Verhältnisse ergänzt sein werden.

4) Durch den Spruch, daß die Nordostbahn genügend erstarkt sei, um den Bau der Moratoriumslinien an die Hand zu nehmen, entscheidet der Bundesrath kraft des unter den Parteien geschlossenen Kompromisses eine rein civilrechtliche Frage, ohne dadurch den Rechten und Pflichten, welche die eidgenössischen Behörden in Eisenbahnsachen ausüben, irgend etwas zu vergeben, wie auch in gleicher Weise der Bundesbeschluß vom 14. Februar 1878 die gesetzlichen Befugnisse der Bundesversammlung vorbehalten hat (Art. 3, Al. 2). Die über den Bau der Moratoriumslinien abgeschlossenen Verträge sind nur unter den Kontrahenden verbindlich, und es übernimmt daher die Eidgenossenschaft durch den Entscheid, daß die Bedingung der Baupflicht eingetreten sei, keinerlei Verbindlichkeit, bei den Beschlüssen, welche in Betreff der Konzessionsverlängerung zu fassen sein werden, die Bestimmungen jener Verträge zur Vollziehung zu bringen. Die Bundesbehörden behalten sich vielmehr vor, auch gegenüber den Moratoriumslinien in allen Fällen die öffentlichen Interessen gemäß den gesetzlichen und verfassungsmäßigen Rechten und Pflichten in gleicher Weise zu wahren, wie dieses gegenüber denjenigen Bahnen stattfindet, zu deren Bau eine privatrechtliche Verpflichtung nicht besteht.

Gestützt auf obige Thatsachen und Erwägungen hat der Bundesrath in Entscheidung der ihm durch die Moratoriumsverträge, sowie durch den Bundesbeschluß vom 14. Februar 1878 (Art. 2, Al. 2) zur Erledigung übertragenen Frage

beschlossen:

1. Die Gesellschaft der schweizerischen Nordostbahn ist genügend erstarkt, um den Bau

   der linksseitigen Zürichseebahn (Thalweil-Zug),
   der Eisenbahn von Bülach nach Schaffhausen und
   der rechtsufrigen Zürichseebahn

an die Hand zu nehmen und, was die Linie Koblenz-Stein und diejenige von Etzweilen

nach Schaffhausen betrifft, die bezüglichen Vertragsverpflichtungen zu erfüllen.

2. Der Bundesrath wird die Reihenfolge bestimmen, in welcher die Erfüllung der obigen Verpflichtungen zu geschehen hat, und es erhält das Eisenbahndepartement den Auftrag, den daherigen Bericht und Antrag ohne Verzug vorzulegen.

3. Die gesetzlichen Befugnisse der Bundesbehörden in Bezug auf die Verlängerung der für diese Linie ertheilten Konzessionen, den Finanzausweis, sowie in Bezug auf die Bautermine, bleiben vorbehalten.

Competenz-Entscheid
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 31. Mai 1887
in Sachen
des *Martin Mayr,* Weinhändler in Trient, Kläger,
gegen
die Firma *H. K. Reichenbach,* Weinhandlung in Zürich, Beklagte,
betr. Forderung aus unerlaubten Handlungen.

Thatsächliches:

A. Am 14. Oktober 1881 haben die Parteien einen Vertrag abgeschlossen, nach welchem der Kläger der Beklagten 300 Fäßer Wein zum Preis von 10 fl. 75 Krz. für den Hektoliter zu liefern hatte.

B. In der Zeit vom 1. November 1881 bis Ende März 1882 ist dann gemäß diesem Vertrag in verschiedenen Malen vom Kläger Wein geliefert worden, nachher aber sind Differenzen entstanden; die Beklagte hat nämlich die Musterkonformität der gelieferten Waare beanstandet und insbesondere geltend gemacht, der Wein sei kein Naturwein, sondern Tresteroder Kunstwein und enthalte gesundheitsschädliche Substanzen; — dieselbe hat auch beim östreichischen Ackerbau-Ministerium eine Beschwerde über die dem Kläger zur Last fallende Weinfälschung erhoben.

C. Am 25. Mai 1882 ist zwar zwischen den Parteien eine Verständigung zu Stande gekommen, gleich nachher haben sich indeß neuerdings Anstände erhoben und in Folge dessen hat die Beklagte am 14. Oktober 1882 beim Kreisgericht Bozen als Handelsgericht Klage anhängig gemacht, auf Rückvergütung von 2042 fl. 86 kr., welche sie dem Kläger Mayr zu viel bezahlt habe.

D. Martin Mayr hat jede Zahlungsverpflichtung bestritten und seinerseits eine Widerklage erhoben auf Zahlung von 20,972 fl. 17 kr., als Werth des Schadens, welchen ihm die Firma Reichenbach widerrechtlich durch das vorsätzlich verursachte Gerücht, daß er sich eine Weinfälschung habe zu Schulden kommen lassen, zugefügt habe.

E. Das Kreisgericht Bozen hat die beiden Klagen getrennt, weil der Gegenanspruch des M. Mayr mit dem in Frage stehenden Weingeschäft in keinem rechtlichen Zusammenhang stehe, ferner die Würdigung desselben erst nach einem weitläufigen Beweisverfahren möglich sein werde, endlich Mayr für den Gegenanspruch einen abgesonderten Prozeß angehoben habe.

Sodann hat das Kreisgericht durch 2 Urtheile vom 19. November 1885 dahin entschieden:

I. auf die Klage der Firma Reichenbach:

„Der Beklagte Mayr sei schuldig, der Klä-„gerin 570 fl. 27 kr. zu bezahlen."

II. auf die Widerklage des Martin Mayr:

„Der Widerkläger soll den Schätzungs-Eid „darüber leisten, daß ihm durch das Gerücht, „der in seinem Geschäftsbetrieb verkaufte „resp. ausgeschenkte Wein sei nur Kunst-„wein, ein Schaden von wenigstens 10,000 fl. „oder wie viel weniger entstanden sei. Wenn „Mayr den Eid ablege, so sei die Firma „Reichenbach schuldig, ihm binnen 3 Tagen „bei Zwangsvermeidung 10,000 fl. oder den „eventuell beschwornen geringern Betrag, so-„wie 317 fl. 65 kr. Prozeßkosten zu bezahlen.

„Mit dem den Betrag von 10,000 fl. über-„steigenden Betrag werde der Widerkläger „in allen Fällen abgewiesen."

F. Gegen diese 2 Urtheile haben beide Parteien die Berufung an das K. K. Oberlandesgericht für Tirol erklärt, letzteres hat aber jene in 2 Urtheilen vom 3. Närz 1886 lediglich dahin abgeändert, daß

in dem erstern die von M. Mayer zu zahlende Summe von 570 fl. 27 kr. auf 712 fl. 99 kr. erhöht, und

in dem zweiten der Betrag des Schadens, dessen Eintreten M. Mayer zu beschwören habe, auf 2000 fl. ermäßigt wurde.

In letzterem Entscheid ist ausgeführt: Durch die Aussagen von Zeugen stehe fest, daß im Frühjahr und Sommer 1882 in Trient das Gerücht gegangen sei, Mayr verkaufe statt Wein merkantiler Qualität, Kunstwein mit gesundheitsschädlichen Ingredienzen und daß das Entstehen des Gerüchtes ausschließlich dem Vorgehen der Firma Reichenbach zugeschrieben werden müsse, „sie habe durch ihre Handlungsweise gegenüber dem M. Mayr das Gerücht vorsätzlich veranlaßt und zu dauerndem Bestand erhalten", und zwar fallen dießfalls in Betracht: Der Brief jener Firma an Mayr vom 30. März 1882, worin sie widerrechtlich die bereits bezogene Waare als Kunstwein erklärt und den Mayr des Betruges beschuldigt habe, ferner ihre Weigerung, weitere Bezüge zu machen und die Dennunciation beim K. K. Ackerbau-Ministerium, in Verbindung mit der durch diese veranlaßten amtlichen Untersuchung, sowie dem von Mayr nachgesuchten Sequester und der gerichtlichen Feilbietung der noch nicht bezogenen 59 Fäßer.

Was dagegen die Größe des dem Kläger erwachsenen Schadens anbelange, so fehle eine genügende Grundlage, um diesen auf höher als 2000 fl. zu werthen.

G. Beide Parteien haben dann die Rechtsstreite noch mittelst des Rechtsmittels der Revisionsbeschwerde an den K. K. obersten Gerichtshof in Wien gebracht und es hat dieser in theilweiser Gutheißung der Beschwerden am 2. Juli 1886 erkannt:

I. auf die Klage der Firma Reichenbach:

„Der Beklagte M. Mayr sei schuldig, dieser „672 fl. 99 kr. sammt 6 % Zins seit 23. Juni „1882 zu zahlen."

II. auf die Widerklage des M. Mayr:

„Es werde das Urtheil des Oberlandesge-„richtes vom 3. März 1886 abgeändert und „dasjenige des Kreisgerichtes Bozen vom 18. „November 1885 bestätigt."

H. Gemäß dem letzterwähnten Entscheid hat der Kläger M. Mayr am 9. August 1886 vor dem Kreisgericht Bozen den zugelassenen Schätzungseid über den vollen Betrag von 10,000 fl. abgelegt und es ist darauf vom Kreisgericht am 19./21. August 1886 noch erklärt worden:

	fl. kr.	
an der klägerischen Forderung von		10,000 fl. — kr.
sammt Kosten		406 „ 12 „
		10,406 fl. 12 kr.
falle in Kompensation die Gegenforderung der Firma Reichenbach mit	672. 99	
sammt Zinsen	169. 69	
und Kosten	24. 53	867 „ 21 „
		9,538 fl. 91 kr.

I. Kläger hat nun, nachdem er vorher vergeblich versucht hatte, die Vollziehung dieser Entscheide östr. Gerichte gegen die Beklagte im Weg des Rechtstriebverfahrens zu erwirken, bei dießseitigem Gerichte Klage anhängig gemacht auf Zahlung der Summe von 9538 fl. 91 kr. Oestr. W., beziehungsweise des entsprechenden Betrages in Franken nach Tageskurs sammt 6 % Zins seit 17. August 1886, sowie auf Ersatz der Kosten des summarischen Verfahrens.

Die Kompetenz des Handelsgerichtes hält der Kläger deßwegen für begründet, weil nicht nur der Beklagte im Handelsregister eingetragen sei und der Streitwerth die Summe von 500 Frkn. übersteige, sondern auch der Streit sich auf ein zwischen den Parteien abgeschlossenes Handelsgeschäft beziehe (§ 95 des Ges. betr. die Rechtspfl.).

K. Beklagtischerseits wird bestritten, daß das Handelsgericht zur Beurtheilung der vorliegenden Klage zuständig sei, indem das Urtheil, dessen Vollziehung verlangt werde, nicht eine Handelssache betreffe, vielmehr die Klage, welche durch dasselbe ihre Erledigung gefunden habe, auf Vergütung von Schadenersatz wegen Kreditschädigung nach § 1331 des östreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (analog dem Art. 55 des schweiz. Obligationenrechtes) gerichtet gewesen sei.

Entscheidungsgründe:

1. Kläger verlangt, daß in Vollstreckung der oben erwähnten Urtheile Oestreich'scher Gerichte die Beklagte zur Zahlung der ihm in diesen Urtheilen zugesprochenen Klagesumme von 10,000 Gulden sammt Zins, abzüglich einer Gegenforderung der Beklagten, angehalten werde; da indeß beklagtischerseits die Zuständigkeit des Handelsgerichtes zur Beurtheilung dieses Klagbegehrens bestritten worden ist, so muß zunächst untersucht werden, ob die in § 95 des Gesetzes betr. die Rechtspflege aufgestellten Erfordernisse für die Zuständigkeit des Handelsgerichtes hier vorhanden seien.

2. Daß die Beklagte im Handelsregister eingetragen sei, ist nicht in Abrede gestellt worden, ebenso ist hier das weitere Erforderniß, daß der Streitwerth mehr als 500 Fr. betrage, offenbar vorhanden.

3. Dagegen kann es sich fragen, ob das fernere Erforderniß, daß der Streit sich auf das von der Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt beziehe, hier zutreffe.

4. Unzweifelhaft und wie auch vom Beklagten nicht bestritten worden ist, muß diese Frage dann bejaht werden, wenn der Rechtsstreit, welcher durch jene Urtheile Oestreichscher Gerichte erledigt worden ist, auf Handelsverhältnisse sich bezogen hat. Nach den Rechtssätzen, welche schon wiederholt in Entscheiden der hiesigen Gerichte aufgestellt worden sind, ist davon auszugehen, es habe sich die Natur des Rechtsstreites dadurch, daß über diesen schon von auswärtigen Gerichten gegen die Beklagte ein Urtheil gefällt worden ist, nicht verändert und kommt die Entscheidung der Frage, ob das auswärts erlassene Urtheil in hier Vollziehung finden solle, demjenigen Gerichte zu, welches zu urtheilen gehabt hätte, wenn der Streit gleich hier, am ordentlichen Geschäftssitz der Beklagten, anhängig gemacht worden wäre.

Zeitschrift f. Schweiz. Gesetzg. und Rechspflege B. III S. 387.

Schweizer Blätter f. Handelsgerichtl. Entscheidungen B. IV S. 99 und namentlich Bd. VI, p. 163, Erwägung 4. (Urtheil des Kassationsgerichtes i. S. Einberger vom 25. April 1887.)

5. Entgegen den Ausführungen des Klägers ist nun aber anzunehmen, es habe sich der Rechtsstreit, welcher auf die von ihm gestellte Widerklage, — und darauf einzig kommt es an, — vor den Oestreich'schen Gerichten durchgeführt und durch den Entscheid des obersten Gerichtshofes in Wien vom 2. Juli 1886 rechtskräftig erledigt worden ist, *nicht* auf Handelsverhältnisse bezogen.

6. Wie aus den eingelegten Ausfertigungen der fraglichen Urtheile klar hervorgeht, hat zwar allerdings in einem kaufmännischen Verkehr der Parteien, nämlich in der Ausführung des am 14. Oktober 1881 zwischen ihnen abgeschlossenen Kaufvertrages, die Veranlaßung zum Entstehen der klägerischen Forderung gelegen, die letztere hat aber weder die wirkliche Erfüllung einer aus diesem Vertrag für die Beklagte hervorgegangenen Verpflichtung zum Gegenstand gehabt, noch den Ersatz von Schaden, welcher dem Kläger dadurch entstanden sei, daß die Beklagte ihre Vertragsverpflichtungen gar nicht oder nicht gehörig erfüllt habe; vielmehr ist sie daraus hergeleitet worden, daß, nachdem über die Ausführung jenes Vertrages zwischen den Parteien sich Anstände erhoben hatten, die Beklagte zur Rechtfertigung der in diesen Differenzen eingenommenen Stellung, theils direkt gegenüber dem Kläger, theils gegenüber den in Sachen entscheidenden Behörden, theils endlich gegenüber Drittpersonen, über die Gewerbsthätigkeit des Klägers Aeußerungen gethan habe, welche geeignet seien, den Kredit, welchen dieser bisdahin genossen habe, und er auch weiterhin zur Betreibung seines Gewerbes bedürfe, in erheblichem Maß zu schmälern; sie hat sich also auf angeblich der Beklagten zu Last fallende unerlaubte Handlungen gestützt und Ersatz des aus *diesen*, dem Kläger erwachsenen Schadens zum Gegenstand gehabt.

7. Der Umstand, daß das der klägerischen Forderung zu Grunde liegende thatsächliche Verhältniß nur in einem thatsächlichen Zusammenhang mit dem kaufmännischen Verkehr der Parteien gestanden hat, hat neben andern Gründen schon die Oestreich'schen

Gerichte abgehalten, obwohl der Kläger seinen Schadensersatzanspruch in Form einer Widerklage der Hauptklage der Beklagten gegenüber gestellt hatte, die beiden Klagbegehren in Einem Verfahren zu prüfen und in Einem Entscheid zu erledigen und vielmehr sie veranlaßt, die Klagen getrennt zu behandeln.

8. Ebenso wenig kann für dießseitiges Gericht jener Zusammenhang zwischen dem hier in Frage stehenden Rechtsstreit der Parteien und dem kaufmännischen Verkehr dieser genügen, um anzunehmen, Ersterer beziehe sich auf das von der Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt und demgemäß die Klage an Hand zu behalten, vielmehr muß diese, in Uebereinstimmung mit einer frühern Entscheidung (Schweizer Blätter für Handelsger. Entsch. B. III S. 252) von der Hand gewiesen werden und kann daran namentlich auch der Umstand nicht hindern, daß das Gericht in Fällen, wo *beide* Parteien aus freier Wahl gemäß § 102 des Gesetzes betr. die R.-Pfl. seinen Entscheid angerufen hatten, auf Klagen eingetreten ist, welche eigentlich nicht kaufmännische Geschäfte zur Grundlage hatten, sondern nur in Beziehung zu einem Verkehr kaufmännischer Natur standen. (Schweizer Bl. f. Handelsger. Entsch. B. V S. 241.)

Schluss:

Die Klage wird wegen Inkompenz des Handelsgerichtes von der Hand gewiesen.

Markenschutz

in Anspruch genommen für Waaren, welche in einem Kanton aus sanitätspolizeilichen Gründen nicht oder nur bedingungsweise verkauft werden dürfen.

In No. 8 dieser Blätter mit Datum vom 1. Mai des laufenden Jahres haben wir auf pag. 124 und 125 einen Fall mitgetheilt, in welchem:

a. das Bezirksgerichtspräsidium Zürich die Anhandnahme einer gegen den Coiffeur S. wegen angeblicher Uebertretung des Art. 18 lit. b des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken (Verwendung einer fremden Marke für eigene Waaren behufs Täuschung des Publikums) erhobenen Anklage deswegen verweigert hat, weil die Damnificaten zum Verkaufe der in Frage kommenden Waare im Kanton Zürich einer sanitätspolizeilichen Bewilligung bedurft hätten, eine solche aber bis zur Klaganhebung nicht beseßen haben, der Verkauf der Waare also ein verbotener gewesen sei und ein Anspruch auf Markenschutz für solche Waare nicht bestehe, und

b. die zweite Instanz dagegen diese Nichtanhandnahmeverfügung aufhob und die Beurtheilung des Falles durch das Gericht verlangte, weil der Umstand, daß eine Waare im Kanton Zürich gar nicht oder nur bedingungsweise, verkauft werden dürfe, den zürcherischen Richter nicht entbinde, das Waarenzeichen in den durch die Eintragung erworbenen Rechten zu schützen etc.

Der Fall wurde nun am 22. März des laufenden Jahres vom Bezirksgericht Zürich und am 28. April von der Appellationskammer des Obergerichtes behandelt.

Das Resultat war die Freisprechung des Angeklagen und erfolgte diese sowohl deßwegen, weil eine strafbare Nachahmung der Marke nicht vorliege, *als auch mit der Begründung, dass ein Markenschutz für Waaren, deren Verkauf verboten sei, nicht bestehe.* Die zweite Instanz genehmigte einfach die Erwägungen der ersten und zwar auch in der letztern Richtung. Diese Erwägungen gehen dahin:

1. Die Anklage behauptet nicht, daß eine Nachahmung der Marke im Sinne von lit. a des Art. 18 des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 19. Dezember 1879 vorliege, sondern sie klagt lediglich eine Nachahmung im Sinne des Art. 18 lit. b ibid. ein.

2. Maßgebend für die Beurtheilung dieser Frage der Nachahmung ist nun lediglich das Verhältniß des fraglichen Falsificates zum Abdruck des Clichés der Originalmarke, wie er für die vom eidgenössischen Markenamt

besorgte Veröffentlichung der letztern genommen wurde. Die Veröffentlichung ist erfolgt im Bundesblatt vom 5. März 1881 und lautet dahin:

No. 107.

Burgogne, Burbidges & Cie., fabricants, Londres.

Produits chimiques et pharmaceutiques tels que teintures, extraits, remèdes.

Die Marke selbst besteht aus einem im wesentlichen gleichseitigen Dreieck in einer Kreisfläche, deren Rand die Spitzpunkte des Dreieckes ziemlich berührt; auf den beiden obern Seiten dieses Dreieckes sind links und rechts die Worte „Trade Marke" angebracht und in dem Dreieck selbst und zwar auf dessen Grundlinie ein etwas breit gehaltenes Monogramm, bestehend aus einem H, welchem nach rechts ein B und nach links in umgekehrter Weise der gleiche Buchstabe ꓭ in der Art eingefügt ist, daß die beiden Grundstricke des B ein und denselben Strich bilden. Die Worte „Trade Marke" sind an sich unerheblich und nicht geschützt. Das Wesentliche dieser Marke bildet das in das Dreieck eingestellte Monogramm durch die Art und Weise, wie es in das Dreieck eingestellt ist. Die von Süßtrunk für seine Fabrikate verwendete Marke, die nicht deponirt ist, was übrigens irrelevant ist, besteht auch aus einem Dreieck, das in eine Kreisfläche hineingesetzt wird, aber dieses Dreieck ist nicht ein wesentlich gleichseitiges, sondern es ist bei ihm die Basis eine kürzere, als die beiden gleich langen Seiten über ihr. Auf den beiden obern Seiten sind die Worte: „Trade Marke" ebenfalls angebracht, wie in der Marke der Damnificaten. Aber in das Dreieck ist ein anderes Monogramm hineingesetzt, nämlich ein J, um welches sich ein S schlingt.

Während nun das Monogramm der Damnificaten das Dreieck in der untern Hälfte fast ganz ausfüllt, ist das bei dem Monogramm des Angeklagten nicht der Fall und füllt letzteres das Dreieck mehr der Höhe nach aus. Zudem ist das Monogramm des Angeklagten in viel schärfer abgedruckten und mehr verschnörkelten Initialen gehalten.

3. Nach Vergleichung dieser beiden Marken darf nun aber unbedenklich gesagt werden, daß die Marke des Angeklagten an sich nicht eine Nachahmung derjenigen der Damnificaten ist, denn jeder, der auch nur halbwegs auf eine Marke Gewicht legt, hat diese bedeutende Differenz sofort beachten müssen und die Marke des Angeklagten nicht für diejenige der Damnificaten halten können. Der weitere Inhalt des Ueberschriftsdruckes und Untergrundbildes des Verschlußstreifens, dessen sich der Angeklagte bedient hat und welcher ganz mit dem von den Damnificaten gebrauchten übereinstimmt, kann, da eine Nachahmung der Marke selbst verneint werden muß und die Verpackung an sich nicht gesetzlich geschützt ist, nicht weiter in Betracht kommen. Es hat daher gegenüber Süßtrunk eine Freisprechung zu erfolgen.

4) Gesetzt aber auch, es müßte angenommen werden, die Marke der Damnificaten sei durch die Marke des Süßtrunk nachgeahmt worden, könnte diese Nachahmung, da sie nur Verwendung gefunden hat bei einem sogenannten Heilmittel, nicht bestraft werden. Es ist diese Marke nur und allein nachgeahmt worden für Rosetters Hair restorer, nun wird auf den Ettiquetten der Damnificaten selbst dieser Hair restorer als ein Heilmittel, das sich zugleich als ein Haarfärbemittel anzeigt, declarirt, nach § 9 des Medicinalgesetzes (O. S. Bd. X S. 339) ist aber die Auskündigung von angeblichen Arzneimitteln zum Gebrauche ohne spezielle Verordnung eines Arztes ohne *besondere* Bewilligung von Seite der Medicinaldirektion sowohl den Medicinalpersonen als auch sonst Jedermann untersagt und es darf nach § 1 des Medicinalgesetzes Niemand sich mit dem Verkauf von Arzneien befassen, ohne dazu die gesetzliche Berechtigung erlangt zu haben.

Die Sanitätsdirektion hat denn auch von Zeit zu Zeit eine Liste veröffentlicht über die geradezu verbotenen Geheimmittel und in No. 70 hierunter subsumirt:

„Alle Haarfärbemittel, sofern nicht die Unschädlichkeit derselben dargethan ist."

Unter No. 90 ist auch aufgeführt:

Rosetters Hairrestorer (G. L. Daube).

(Siehe Suppl.-Bd. zu Bd. I—XX der Offz. S. p. 368 u. 369.)

5. Mag sich nun vorgenannter Hairrestorer auf den von den Damnificaten fabrizirten beziehen oder nicht, so kann doch der von ihnen fabrizirte nicht ohne Erlaubniß der Sanitätsdirektion verkauft werden, eine solche Erlaubniß liegt aber für die Damnificaten oder ihren hiesigen Vertreter oder Verkäufer bis zu ihrer Klaganhebung für den Kanton Zürich nicht vor und war daher der Verkauf dieses Fabrikates bis zu diesem Zeitpunkte ein verbotener, einen Anspruch auf Rechtsschutz für ihre Marke haben aber die Damnificaten selbstverständlich nicht, soweit dieselbe für eine Sache, die für den Verkauf verboten war, benutzt wurde.

Einige anderweitige Auszüge
aus Urtheilen der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

I.

Berechnung des Pflichttheils.

Ein Erblasser hatte als einzige gesetzliche Erbin seine Mutter hinterlassen, dieselbe aber durch Testament zu Gunsten der Wittwe auf den Pflichttheil gesetzt. Nun entstund die Frage, wie der Pflichttheil der gesetzlichen Erbin zu berechnen sei, ob von der *ganzen* reinen Verlassenschaft oder aber nur von dem nach Abzug der Statutarportion verbleibenden Rest derselben. Die erste Instanz (Bezirksgericht Zürich) entschied im erstern, die Appellationskammer des Obergerichtes dagegen im letztern Sinne, indem sie in Anlehnung an die Abhandlung Pestalozzis (Zeitschrift für zürcherische Rechtspflege Bd. VIII pap. 1—11) davon ausging:

1. Der Pflichttheil sei eine Quote ($^{9}/_{10}$ $^{3}/_{4}$ etc.) von demjenigen, was der Erbe *ab intestato* gehabt haben würde.
2. Beim Dasein eines überlebenden Ehegatten verbleibe nun aber dem Erben ab intestato nicht die *ganze* reine Verlassenschaft, sondern nur so viel, als von dieser nach Abzug des dem Ehegatten gesetzlich zustehenden erbrechtlichen Vortheils restire und daraus ergebe sich, daß der Pflichttheil die gesetzlich vorgesehene Quote (hier gemäß § 3030 des P.-R. G.-B. $^{3}/_{4}$) *der nach Abzug der Statutarportion sich ergebenden Restsumme* der reinen Verlassenschaft sei und dem entsprechend die verfügungsfreie Quote auch nur $^{1}/_{4}$ *dieser* Summe betrage.

Die praktische Consequenz dieser Auffaßung war die, daß von der reinen Verlassenschaft zunächst die Statutarportion der Wittwe ($^{1}/_{4}$) vorweggenommen und ihr zugeschrieben und bezüglich der Restsumme bestimmt wurde, daß $^{3}/_{4}$ davon der gesetzlichen Erbin als Pflichttheil und $^{1}/_{4}$ (die verfügungsfreie Quote) der Wittwe als Testamentserbin zukommen. Die Auffaßung des Bezirksgerichtes hätte dazu geführt, daß die Wittwe behufs Befriedigung ihrer Ansprüche *aus Gesetz und Testament* bloß $^{1}/_{4}$ der ganzen reinen Verlassenschaft erhalten hätte und Alles Uebrige der gesetzlichen Erbin als Pflichttheil zugekommen wäre. (Vergleiche auch Ullmer, Commentar No. 3530 Ziff. 5 und No. 3537.) (8. März 1887. Strickler ca. Strickler.)

II.

Ort der Begehung bei brieflichen Injurien.

Zwei in Spaichingen (Königreich Württemberg) wohnhafte Schuhfabrikanten erhoben gegen einen in Winterthur domicilirten Kaufmann der nämlichen Branche beim dortigen Bezirksgericht Klage auf Verleumdung und Beschimpfung, begangen durch das Mittel von Briefen und Postkarten. Der Gerichtspräsident nahm die Klage an Hand, darüber beschwerte sich aber der Beklagte, indem er die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte zur Beurtheilung der angebrachten Klage bestritt und er siegte insoweit ob, als die Ehrverletzung in den den Klägern nach Spaichingen gesandten *verschlossenen* Briefen gefunden werden wollte, unterlag dagegen, soweit dieselbe aus dem Inhalt der Postkarten abgeleitet wurde.

Gründe:

1. Bei Ehrverletzungen, welche durch verschlossene Briefe begangen worden sind, ist

als Ort der Begehung regelmäßig der Ort anzusehen, an welchem der Brief dem Adressaten übergeben wird. Demnach ist die eingeklagte Handlung zwar von einem Angehörigen des Kantons Zürich verübt worden, aber im Ausland und gegenüber Ausländern, die in keiner Weise als Kantonsangehörige betrachtet werden können. Da im Fernern kein Auslieferungsbegehren des auswärtigen Staates vorliegt, trifft hier keiner der Fälle zu, in denen nach § 3 des Strafgesetzbuches zürcherisches Strafrecht zur Anwendung kommen könnte. Ein anderes Strafrecht darf aber der zürcherische Richter nicht anwenden, abgesehen von dem hier nicht in Frage stehenden Bundesstrafrecht und es ist daher von vornherein feststehend, daß die eingeklagte Handlung, soweit sie durch Briefe begangen wurde, keinen im Kanton Zürich strafbaren Thatbestand enthält, weßhalb die dießbezügliche Klage von der Hand gewiesen werden muß. (Sträuli, Kommentar S. 365 No. 2, § 754 No. 4.)

2. Etwas anders liegen die Verhältnisse bei *offenen* Briefen oder Postkarten. Während bei verschlossenen Briefen die Absicht des Schreibers dahin geht, daß der Inhalt des Briefes zuerst dem Adressaten an seinem Wohn- oder Aufenthaltsort zur Kenntniß komme und regelmäßig auch nur dieser Erfolg eintritt, geht insbesondere bei injuriösen Postkarten die Absicht des Absenders dahin, daß der Inhalt derselben von den mit ihrer Beförderung beschäftigten Personen gelesen werde und daß die Injurie nicht nur den Adressaten, sondern schon vorher auch Dritten zur Kenntniß gelange. Dieser gewollte Erfolg kann sich somit schon am Aufgabeort verwirklichen. Gestützt hierauf haben sich denn auch schon deutsche Gerichte, (vergl. Petzold, deutsche Strafrechtspraxis, Bd. I zu § 185 No. 48, Bd. II [von Zimmerle] zu § 185 No. 41), allerdings nicht ohne Widerspruch, dahin entschieden, daß das Vergehen der Beleidigung mittelst Uebersenden einer offenen Postkarte schon durch die in der Absendung derselben enthaltene, nach Außen hin erfolgte Kundgebung vollendet sei und im weitern, daß bei der aus der besondern Beförderungsweise einer Postkarte sich ergebenden Verbreitung derselben es keiner Feststellung dahin bedürfe, daß sie in Wirklichkeit auch von Dritten gelesen worden sei. Die Frage nach dem Thatort ist daher in solchen Fällen zum mindesten zweifelhaft, und da namentlich ein feststehender Gerichtsgebrauch hierorts nicht besteht, ist es angemessen, sie durch das Gericht in seinem Endurtheil entscheiden zu lassen. (26. Mai 1887.)

III.

Ort der Begehung bei Pressinjurien.

Die Eheleute Fehlmann-Egli in Außersihl erhoben beim Bezirksgericht Zürich gegen J. D. Güttinger in Klein-Hüningen, Kt. Basel-Stadt, Strafklage wegen Verleumdung und Beschimpfung, begangen vermittelst der Druckerpresse. Nach den Ausführungen der Klageschrift war Güttinger Herausgeber und Redaktor eines Sechseläutentagblattes: „der Dudelsack“, welches bei G. Wolf in Basel gedruckt worden war und in welchem ein Artikel sich befindet, durch den die Kläger in ihrer Ehre angegriffen zu sein behaupten. Der Vorstand des Bezirksgerichtes verweigerte die Anhandnahme der Klage, weil das Bezirksgericht zur Behandlung derselben überall nicht competent sei. Das eingeklagte Vergehen sei weder im Kanton Zürich verübt worden, noch habe der angebliche Thäter hier seinen Wohnsitz, noch auch liege vor, daß die Bestrafung des Thäters am Thatort selbst nicht erwirkt werden könne.

Ueber diese Schlußnahme beschwerten sich die Kläger und es wurde darauf der Gerichtsvorstand des Bezirksgerichtes Zürich angewiesen, die Klage wenigstens vorläufig an die Hand zu nehmen.

Gründe:

1. Die Vergehen der Ehrverletzung bestehen darin, daß der Thäter entweder Dritte zur Mißachtung des Angegriffenen veranlaßt oder selber demselben seine Mißachtung bezeugt. In beiden Fällen genügt es nicht, daß der Thäter etwas Schlechtes denke vom Angegriffenen oder ihn in seinen Gedanken verachte, sondern es muß ein äußerlich er-

kennbarer Angriff erfolgt sein. Daher ist die mündliche Ehrverletzung vollendet mit dem Moment, da die ehrverletzenden Aeußerungen gegenüber dem Angegriffenen oder einem Dritten erfolgt sind, die schriftliche dann, wenn die Schrift einem Zweiten mitgetheilt worden ist (Bundesgerichtliche Entscheidungen I 179 VI 1376). Bei Pressinjurien liegt die Mittheilung, der äußerlich erkennbare Angriff in der Herausgabe und Verbreitung der Druckschrift und es ist daher in jedem Falle zu untersuchen, wo diese Herausgabe stattgefunden habe. Die Mittheilung des Manuscriptes an den Drucker hat weder den Erfolg noch den Zweck eines Angriffs, sie enthält lediglich die Aufforderung zur Mitwirkung an dem beabsichtigten Vergehen. Thatort der Pressinjurie ist daher nicht der Druckort, sondern der Ort der Herausgabe, der Ort, von dem aus die Schrift ins Publikum geworfen wurde. Diese Auffaßung steht nun allerdings im Gegensatz zu der in Streulis Commentar mitgetheilten ältern bundesrechtlichen Praxis (§ 754 Zif. 2), allein sie darf als eine zur Zeit als allgemein angenommene angesehen werden, da sie der logischen Consequenz der mehrfach bestätigten Praxis bei brieflichen Injurien entspricht. Daher hat denn auch das Bundesgericht in Fällen, in denen der Ort des Druckes und der Herausgabe zusammenfiel, letzteres Moment besonders betont (Bundesg. Entscheidg. II 37 IV 12) und es scheint auch für das Preßvergehen des Nachdruckes derselbe Gerichtsstand angenommen zu sein. (Vergleiche Orelli, das Bundesgesetz betr. das Urheberrecht, S. 103.)

Im vorliegenden Falle ist aber in glaubhafter Weise behauptet und sogar zum Beweise verstellt worden, daß die ganze Auflage nach Zürich verbracht und erst von da aus zum Verkauf angeboten worden sei. Sonach ist zum Mindesten vorerst durch die Untersuchung die Frage des Gerichtsstandes in thatsächlicher Richtung abzuklären. (2. Juni 1887.)

Anweisung
des
Obergerichtes des Kantons Zürich
an die Notare
vom 26. Februar 1887
über das Verfahren bei Kollisionen zwischen Eigenthums- und Retentionsansprachen an den nämlichen Gegenständen in Konkursen.

Das Obergericht
hat

nach Einsicht einer Zuschrift des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Februar 1887, in welcher dasselbe ausführt, daß im Schosse desselben verschiedene Ansichten darüber bestehen, ob, wenn in einem Konkurs an gewissen Sachen sowohl eine Eigenthumsansprache als ein Retentionsrecht geltend gemacht werden, letzteres gemäß § 103 des Konkursgesetzes als durch den Eigenthumsansprecher stillschweigend bestritten angesehen werden müsse und daß zur Herbeiführung einer festen Praxis es sich rechtfertigen dürfte, eine allgemeine Anweisung an die Konkursbehörden zu erlassen und zwar dahin:

a. bei Kollision zwischen Eigentumsansprache und Retentionsrecht eines *Wohnungsvermiethers* dem Eigenthumsansprecher durch besondere Mitteilung eine mit der Bedenkzeit ablaufende Frist (§ 96 und 97 des Konkursgesetzes) zur Bestreitung des Retentionsrechtes anzusetzen, unter der Androhung, daß Stillschweigen als Anerkennung des letztern ausgelegt würde;

b. andere Retentionsrechte bei Kollision mit Eigenthumsansprache ohne Weiteres als bestritten zu behandeln

***aus folgenden Gründen*:**

Art. 228 des Schweiz. O.-R. räumt dem Inhaber einer Forderung, für welche an Sachen des Schuldners ein Retentionsrecht geltend gemacht wird, die Befugniß ein, dieses im Konkurs des Schuldners gleich einem Faustpfandrecht zu realisiren und § 103 des Zürcher. Konk.-Gesetzes bestimmt ganz allgemein, daß die Eigenthumsansprache an Gegenständen im Zweifel als Bestreitung der auf denselben in Anspruch genommenen

Pfandrechte gelte. Hienach ist als feststehende Rechtsregel anzusehen, daß, wenn Konkursaktiven, an welchen von einem Gläubiger ein Retentionsrecht geltend gemacht wird, gleichzeitig von einem Dritten als sein Eigenthum angesprochen werden, der Notar gehalten ist, die Ansprache des Retentionsrechtes als vom Eigenthumsansprecher bestritten anzusehen und den Rechtsstreit dem Konkursrichter zum Entscheid zuzuweisen.

Daß in solchen Kollisionsfällen ein Unterschied zu machen sei, je nachdem das Retentionsrecht für Miethzinsguthaben oder für andere Forderungen gemacht werde, zu einer solchen Annahme bietet das Gesetz keine genügenden Anhaltspunkte; in den einen oder andern Fällen fällt die an sich begründete Eigenthumsansprache gegenüber dem Retentionsrecht als wirkungslos dahin, wenn der Gläubiger die betreffende Sache in gutem Glauben, daß sie dem Schuldner gehöre, in Empfang genommen hat und in allen Fällen spricht nach § 500 des P.-R. G.-B. die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes, dafür also, daß der Besitzer die Besitzergreifung nicht als eine unrechtmäßige gekannt habe, § 498 P.-R. G.-B.; es ist somit Sache des Eigenthumsansprechers, nachzuweisen, daß nach den Umständen, unter welchen der Gläubiger in den Besitz der retinirten Gegenstände gelangt ist, die Annahme, daß derselbe bei der Besitzergreifung in gutem Glauben, die Gegenstände gehören dem Schuldner, gehandelt habe, ausgeschlossen sei.

Dieser Nachweis wird nun allerdings nur in seltenen Fällen vom Eigenthumsansprecher geleistet werden können, und es ist zuzugeben, daß die strenge Beobachtung der oben erwähnten Rechtsregel geeignet ist, zur Einleitung von vielen, voraussichtlich für die Eigenthumsansprecher erfolglosen Rechtsstreitigkeiten zu führen; es rechtfertigt sich daher, der Anregung des Bezirksgerichtes in der Weise Folge zu geben, daß die Notare angewiesen werden, so oft in Konkursen Gegenstände, an welchen ein Retentionsrecht geldent gemacht wird, gleichzeitig von Dritten als ihr Eigenthum angesprochen werden, nicht ohne Weiteres den Rechtsstreit über die Begründetheit des Retentionsrechtes dem Konkursrichter zum Entscheid vorzulegen, sondern vorerst noch innerhalb der Bedenkzeit die Eigenthumsansprecher zu schriftlichen Erklärungen darüber zu veranlaßen, ob sie die Durchführung eines solchen Rechtsstreites verlangen.

beschlossen:

Die Notare werden angewiesen, so oft in Konkursen Gegenstände, an welchen ein Retentionsrecht geltend gemacht wird, von Dritten als ihr Eigenthum angesprochen werden, innerhalb der Bedenkzeit die Eigenthumsansprecher unter angemessener Belehrung zu schriftlichen Erklärungen darüber zu veranlaßen, ob sie die Durchführung eines Rechtsstreites über die Begründetheit des Retentionsrechtes verlangen und nur auf ein diesfälliges Begehren des Eigenthumsansprechers den Rechtsstreit dem Konkursrichter zum Entscheid zu unterbreiten.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich

in Sachen
der Gesellschaft *Globe Marine Insurance* in London, Klägerin,
gegen
die *Schweizerische Rückversicherungsgesellschaft Lloyd*, in Liquidation, in Winterthur, Beklagte,
betr. Forderung aus Versicherungsvertrag.

Streitfrage:

Ist die Beklagte verpflichtet, an die Klägerin zu bezahlen Lstr. 123. 11 S. resp. den Gegenwerth in hiesiger Münzsorte zu Fr. 25. 38 Cts. (dem Curse der Verfallzeit) gleich Fr. 3135. 70 Cts. sammt Zinsen à 5 % vom 20. November 1886 an.

Thatsächliches:

A. Im Februar 1882 übernahm die Gesellschaft Globe Marine Insurance in London als Rückversicherer gegenüber der Firma Gray Dawes & Cie. Lstr. 500, als einen Zehntheil der Gesammtsumme von Lstr. 5000, für welche das englische Schiff „Saviti“ versichert worden war. Von Anfang an waren bei der Versicherung des „Saviti“ 4 Londoner Firmen betheiligt, und zwar die Firma Gray Dawes & Cie. als Hauptversicherer mit Lstr. 2500, die übrigen drei mit Lstr. 1500, 500 und 500.

B. Die Rückversicherungspolice des Globe M. I. zu Gunsten Gray Dawes & Cie. ist vom 28. Februar 1882 datirt, und trägt die No. 120,898. Der Vertrag war auf die Dauer eines Jahres, d. h. für die Zeit vom 23. Februar 1882 bis 22. Februar 1883 abgeschlossen und es erstreckte sich die Versicherung auf alle Gefahren des Meeres, insbesondere auch auf die Gefahr des Zusammenstoßes mit einem andern Schiffe in dem Sinne, daß wenn der Eigenthümmer des „Saviti“ in Folge eines solchen Zusammenstoßes an einen andern Schiffseigenthümer eine Entschädigung bezahlen müsse, die Gesellschaft Globe M. I. an die 3 Viertheile der betreffenden Schadenssumme, für welche laut der Police die Hauptversicherer ihrerseits gegenüber dem Eigenthümer des „Saviti“ aufzukommen hatten, im Verhältniß ihres Versicherungsbetrages (Lstr. 500) zum Schatzungswerth des Schiffes (Lstr. 5000) beizutragen habe. Weiter wurde beigefügt, daß in Fällen, wo die Verantwortlichkeit oder Haftpflicht des Schiffes „Saviti“ nach eingeholter schriftlicher Einwilligung der Gesellschaft bestritten worden sei, letztere ebenfalls denselben proportionalen Beitrag an die drei Viertheile der Kosten zu

leisten habe, die den Versicherten auf diese Weise erwachsen.

C. Der vom Globe M. I. übernommene Betrag von Lstr. 500 wurde im März 1882 hinwiederum an den Schweizerischen Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft in Winterthur in Rückversicherung gegeben. Nach einer vorläufigen Anzeige der Agenten des Lloyd, Dufresne und Lüders, an den Agenten des Globe M. I., Arthur Bray, vom 4. März 1882, folgenden Inhalts:

„Wir erlauben uns, Ihnen mitzutheilen, „daß wir das unten genannte Risiko wie folgt „gedeckt haben:

„Lstr. 500 beim Schweiz. Lloyd-Rückver„sicherung in Winterthur, und daß wir Ihnen „die Policen sofort nach Empfang zustellen „werden.

„Betrag der Versicherung Lst. 500, sich „beziehend auf Police der Globe Marine, Ins. „Co., London.

„Gegenstand: Schiffskörper.

„Schiff: Saviti (s).

„Reise: 12 Monate vom 23. Februar 1882

„incl. Prämie 168/ — %	Lstr. 42. —
„Diskonto	„ 6. —
	„Lstr. 36. —“

wurde der Versicherungsvertrag zwischen den beiden Gesellschaften am 8. März 1882 abgeschlossen. In der bezüglichen Police ist ausdrücklich bemerkt, daß die Rückversicherung unter allen Klauseln und Bedingungen der Hauptpolice No. 120,898 übernommen werde.

D. Am 5. Januar 1883 fand auf der Route vom Bombay nach Goa ein Zusammenstoß zwischen dem Dampfer „Saviti“ und einem indischen mit Baumwolle beladenen Schiffe statt; letzteres sank und erlitt Havarie. „Saviti“ wurde nicht beschädigt, jedoch später mit Beschlag belegt und erst gegen Hinterlegung einer Kaution im Juli 1883 wieder freigegeben. Die Eigenthümer des verunglückten Schiffes belangten denjenigen des „Saviti“ auf Ersatz des Schadens, es wurde in Indien hierüber Prozeß geführt und ein im März 1886 ausgefälltes Urtheil lautete dahin, daß der Eigenthümer des „Saviti“ demjenigen des beschädigten Schiffes den verursachten Schaden theilweise zu ersetzen habe. Eine von den Hauptversicherern des „Saviti“, Gray Dawes & Cie. gegen dieses Urtheil erklärte Berufung wurde, da die Kosten voraussichtlich zu bedeutend waren, wieder zurückgezogen. Laut einer von Mitgliedern des Vereins der Seeschädenberichtiger (Average adjusters Association) beglaubigten Abrechnung betrug der Schaden, welcher zu Folge des erwähnten Urtheils zu ersetzen war, inclusive der Kosten des Prozesses, der Anwälte und der eingeholten Gutachten Lstr. 1647. Davon waren $^3/_4$ = 1235 Lstr. 10 S. durch die Hauptversicherer zu decken und von dieser Summe fiel $^1/_{10}$ mit 123 Lstr. 11 S. auf die Klägerin als I. Rückversicherer von Gray Dawes & Cie., welchen Betrag dieselbe am 11. November 1886 der letztgenannten Firma bezahlte.

E. Unterm 20. November 1886 schrieb der Agent der klägerischen Gesellschaft, A. Bray, an die Beklagte, sie möchte als Rückversicherer dem Globe M. I. den auf sie entfallenen Schadensbetrag reguliren. Die beklagte Gesellschaft antwortete am 23. Dezember 1886, sie habe dem Globe M. I. unterm 11. Sept. 1886 durch registrirten Brief eine Aufforderung zugehen lassen, alle Ansprüche und Forderungen aus dem bestandenen Geschäftsverkehr an den Loyd bis zum 1. November 1886 geltend zu machen, widrigenfalls spätere Reklamationen nicht mehr anerkannt werden könnten, und da sie ohne alle und jede Antwort geblieben sei, könne sie die Schadensforderung „Saviti“ aus dem Jahr 1883 nicht mehr anerkennen. Auf die Erwiederung des Agenten Bray, die Gesellschaft Globe M. I. habe ein solches Circular nicht erhalten und übrigens damals von dem auf den Lloyd entfallenden Schaden noch keine Kenntniß gehabt, indem ihr dieser erst unterm 8. November 1886 bekannt geworden, — folgten zwei weitere Schreiben der Beklagten vom 30. Dezember 1886 und 26. Januar 1887, in welchem sie neuerdings Zahlung verweigerte unter der weitern Begründung, es wäre Pflicht der Klägerin gewesen, ihr von dem seit 2 Jahren obschwebenden Prozesse Kenntniß zu geben, sodann aber habe sie, da der Brief vom 11. Sept. 1886 unbeantwortet geblieben, angenommen, es seien keine weitere Forderungen mehr pendent,

finitiv abgeschlossen, so daß sie nunmehr den Schaden wegen der verspäteten Anmeldung allein tragen müßte, was ihr nicht zugemuthet werden könne.

F. Unterm 2. März d. J. reichte die Klägerin gegen die Beklagte beim Handelsgericht Klageschrift und friedensrichterliche Weisung ein mit der Eingangs genannten Streitfrage. — In der Referentenaudienz verlangte der Vertreter der Beklagten Beiziehung des im Besitz des Postamtes Winterthur befindlichen Laufzeddels für das an die Klägerin unterm 11. Septbr. 1886 versandte Circular, welches nach der produzirten Copie in Uebersetzung folgendermaßen lautet:

„Da wir durch unsere Agenten Dufresne „und Lüders mit Ihnen in Verbindung ge„standen, so erlauben wir uns, ehe wir un„sere Liquidation beendigen, Sie anzufragen, „ob Sie noch irgend welche Ansprüche an „unsere Gesellschaft geltend zu machen haben. „In unseren Büchern finden wir keinen offe„nen Posten mehr, aber die §§ 665—667 des „Schweiz. Obligationenrechts und § 46 un„serer Gesellschaftsstatuten bestimmen, daß „ehe wir unsere Bücher abschließen, wir alle „unsere Gläubiger und Schuldner, sowie un„sere frühern Verbindungen auffordern müs„sen, eventuelle Ausstände an uns einzugeben „und geltend zu machen.

„Sollten wir bis zum 1. November 1886 „keine Antwort von Ihnen erhalten, so müß„ten wir annehmen, daß Sie auf alle weitern „Ansprüche gegen uns verzichten."

Aus dem von der Kreispostdirecktion übermittelten Laufzeddel geht hervor, daß ein von der Beklagten am 11. September 1886 an die Adresse der Klägerin aufgegebener Chargébrief der letztern abgeliefert und der Empfang bestätigt worden ist.

G. Das Klagfundament setzt sich gemäß den Ausführungen des klägerischen Vertreters in der Hauptverhandlung, welcher auf Gutheißung des Rechtsbegehrens unter Kostens- und Entschädigungsfolge antrug, zusammen:

1) aus der Thatsache, daß die Klägerin ein übernommenes Risiko der Beklagten abgegeben, welche sich verpflichtet habe, den auf die Versicherungsquote von Lstr. 500 fallender Hauptpolice zu tragen;

2) aus der Thatsache, daß um des an die Beklagte abgegebenen Risikos willen ein Schaden wirklich entstanden und von der Klägerin ersetzt worden sei.

H. Der Vertreter der Beklagten beantragte, indem er zugleich an deren Agenten Dufresne und Lüders in London Streit verkündete, Verwerfung der Klage unter Kostens- und Entschädigungsfolge, im Wesentlichen auf Grundlage folgender Ausführungen:

1. Die Schweiz. Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft habe von der Klägerin, mit welcher sie durch ihre Agenten Dufresne und Lüders in vielfachem Geschäftsverkehr gestanden, die Rückversicherung von Lstr. 500 auf das Schiff „Saviti" nur unter der Voraussetzung übernommen, daß die Klägerin einen Theil des Risikos für sich zurückbehalte. Dieses Prinzip aller soliden Versicherungsgesellschaften solle eine Garantie dafür bieten, daß der *Rückversicherte*, indem er selbst ein Interesse an der Sache behalte, nach besten Kräften für die Wahrung der Interessen des *Rückversicherers* sorge, einzig der erste Versicherer sei im Stande, das Geschäft bezüglich seiner Chancen zu durchblicken. Aus dem von ihren Agenten übermittelten Bordereau habe die Beklagte ersehen, daß die Gesellschaft Globe M. I. eine Quote von Lstr. 500 für sich behalte, also nur die Hälfte des von ihr übernommenen Risikos rückversichert habe. Es werde Beweis durch Expertise anerboten für eine Usance, dahingehend, daß der erste Versicherer stets eine Quote für sich behalte, eventuell auch Beweis dafür, daß die Beklagte nie anders gehandelt habe. Der Beweis für dieses Geschäftsprincip liege indeß schon in dem von ihr produzirten Bordereau der Agenten Dufresne und Lüders, auf welchem sich noch 13 weitere Versicherungsengagements finden, worunter 3 mit der Klägerin, in der letzten Colonne sei überall die Quote vorgemerkt, welche der erste Versicherer für sich behalte. — Das betr. Bordereau datirt vom 29. Oktober 1881 und enthält 9 Rubriken. Unter Ziffer 6 befindet sich „Saviti" mit Lstr. 500, Rückversicherer Globe und in der

Rubrik Bemerkungen die Notiz: „Res. Lstr. 500". — Auf die Agenten Dufresne und Lüders werde als Zeugen dafür abgestellt, daß ihnen vom Agenten des Globe M. I. mitgetheilt worden sei, dieser behalte Lstr. 500 für sich. Nachträglich habe es sich nun gezeigt, daß dieß nicht der Fall gewesen sei, die Klägerin habe die Beklagte also hinsichtlich eines wesentlichen Vertragsmomentes getäuscht und es sei deshalb Letztere an den Vertrag nicht gebunden. Sodann werde überhaupt bestritten, daß ein Schaden entstanden sei und Vorlegung des betreffenden Urtheils verlangt. Eventuell habe die Beklagte nur die Hälfte des Schadens zu tragen, da sie durch die Bemerkung auf dem Borderau zu der Annahme veranlaßt worden sei, daß die ganze auf den Globe M. I. entfallende Versicherungssumme Lstr. 1000 ausmache und zwar 500 Lstr. zu Lasten des Globe und 500 Lstr. zu Lasten des Lloyd.

2. In zweiter Linie werde die Einrede gestellt, die Klägerin habe in der Wahrung der Interessen der Beklagten fahrlässig gehandelt und es habe Letztere aus diesem Grunde für den entstandenen Schaden nicht einzustehen. Die Gesellschaft Globe M. I., welche von dem Zusammenstoß des „Saviti" schon Anfangs des Jahres 1883 durch Gray Dawes & Cie. Kenntniß erhalten, sei weder der ihr obliegenden Pflicht, dem Rüchversicherer von dem Unfall Anzeige zu machen, nachgekommen, noch habe sie diesen von dem bestehenden Prozeß in Kenntniß gesetzt. Die Beklagte sei keineswegs davon überzeugt, daß die Appellation gegen das erstinstanzliche Urtheil ohne Erfolg gewesen wäre; jedenfalls aber hätte ihr die Klägerin Streit verkünden sollen. Die Prüfung der bei den Akten liegenden Schadensberechnung ergebe, daß der direkte Schaden eigentlich nur ca. 400 Lstr. betrage und die übrigen 800 Lstr. Advokaturkosten beschlagen. Bei rechtzeitiger Kenntnißgabe des Unfalls würde die Beklagte höchst wahrscheinlich mit Rücksicht auf die mit dem Prozeß verbundenen Kosten nicht prozessirt, sondern ihren Antheil einfach bezahlt haben.

3. Die Klägerin habe auch arglistig gehandelt, indem sie auf das Circular vom 11. September 1886 von dem Schadensfall „Saviti" keine Mittheilung gemacht habe. Die in der Correspondenz geltend gemachte Verjährungseinrede werde aufrecht erhalten. Durch rechtzeitige Anzeige wäre die Beklagte vor Verlust bewahrt worden, indem sie auf die Lloyd-Transportversicherungsgesellschaft, bei welcher sie ihre Quote rückversichert, hätte Regreß nehmen können.

I. In der Replik bestritt der Vertreter der Klägerin, daß dem Lloyd resp. dessen Agenten Dufresne und Lüders die Zusicherung gegeben worden sei, jene behalte 500 Lstr. und gebe nur 500 Lstr. in Rückversicherung; der schriftliche Vertrag, auf dessen Inhalt es einzig ankomme, enthalte keine derartige Bestimmung. Auch werde nicht anerkannt, daß die Beklagte stets das Princip gehabt habe, Rückversicherungen nur dann aufzunehmen, wenn der Rückversicherte einen Theil des Risikos für sich behalte, indeß wäre dies nur von Bedeutung, wenn es zur Bedingung des Rückversicherungsvertrages gemacht worden wäre. Richtig sei, daß die Klägerin vom Bestehen des Prozesses Kenntniß gehabt und der Beklagten davon keine Anzeige gemacht habe, dagegen werde in Abrede gestellt, daß das Eintreten des Lloyd in den Prozeß ein anderes Resultat nach sich gezogen haben würde. Die Einrede der Verjährung sei unverständlich; die Klägerin habe erst am 8. November 1886 von dem definitiv erwachsenen Schaden Kenntniß erhalten, sie habe innert der in dem Circular der Beklagten vom 11. September 1886 angesetzten Frist (1. Novbr. 1886) eine Forderung nicht anmelden können, da ihr eine solche noch gar nicht zugestanden. Zu einer Fristansetzung unter der Androhung des Untergangs der nicht angemeldeten Ansprüche sei die Beklagte vollends nicht berechtigt gewesen.

K. Hinsichtlich des mehrerwähnten Bordereau von Dufresne u. Lüders gab der an der Hauptverhandlung anwesende Geschäftsführer der beklagtischen Firma, Gysi, folgende Erklärungen ab:

Die in der Colonne 2 angegebene Summe enthalte die von den Agenten für die Beklagte zur Rückversicherung übernommenen Beträge, die in der letzten Colonne enthaltene

Summe dagegen sei diejenige, von der die Versicherten angeben, daß sie solche für sich selbst behalten haben, d. h. die Reserve. Die Beklagte habe ihre Agenten in der Korrespondenz stets angewiesen, daß sie ohne vorherige spezielle Erlaubniß keinerlei Rückversicherungen übernehmen sollen, bei denen der Rückversicherte den ganzen Risiko abgebe.

L. Der Beklagten wurde sodann durch Beschluß vom 18. März d. J. der Beweis dafür aufgelegt, daß ihr bei Eingehung des Rückversicherungsvertrages von der Klägerin ausdrücklich zugesichert worden sei, daß diese einen Theil des von Jener übernommenen Gesammtrisikos für sich zurückbehalte. — Im Fernern wurde den Agenten Dufresne und Lüders in London von der an sie ergangenen Streitverkündung Kenntnis gegeben.

M. Die Beklagte berief sich in der Beweisantretungsschrift für obigen Beweissatz auf folgende Zeugen:

1. Arthur Bray, Makler in London,
2. G. Dufresne } Versicherungs-Agenten in
3. Lüders } London,
4. William Wallis bei Dufresne u. Lüders,

und präcisirte nachträglich ihre Beweisantretung durch Aufstellung folgender Beweissätze:

Dem schriftl. Vertragsabschluß seien mündliche Verhandlungen vorausgegangen und in diesen sei die im Bordereau angegebene Reserve bonafide gemacht worden, wie dies in England bei allen solchen Abschlüssen gebräuchlich und der Beklagten auch von ihren Agenten versichert worden sei;

Die Reservebestimmung werde in keiner Police angegeben, weil dies schon bei den mündlichen Verhandlungen in Erwägung gezogen werde.

Als weiterer Zeuge für die beklagtischen Behauptungen wurde Charles Beesley, Angestellter bei Arthur Bray, bezeichnet.

N. Die Klägerin trat den ihr offen gelassenen Gegenbeweis an, indem sie sich auf Arthur Bray dafür berief, daß beim Vertragsabschluß von der beklagtischerseits behaupteten Bedingung unter den Handelnden (Arthur Bray einer- und Dufresne u. Lüders anderseits) nie die Rede gewesen sei, und ferner geltend machte, der Vertrag sei auf schriftlichem Wege zu Stande gekommen, allein maßgebend seien daher die eingelegten Schriftstücke, weder die vorläufige Anzeige Seitens Dufresne und Lüders vom 4. März 1882 noch die Police vom 8. März 1882 enthalte eine Bestimmung über das Zurückbehalten einer Quote der Versicherungssumme Seitens der Globe M. I.

In seiner Beweiseinwendungsschrift protestirte der Vertreter der Klägerin insbesondere gegen die Zulassung von Dufresne und Lüders als Zeugen, da dieselben in Folge der Streitverkündung Partei geworden seien, und produzirte nachträglich noch ein Protokoll über die Einvernahme des Arthur Bray in London vor einem Bevollmächtigten zur Abnahme von Eiden bei dem obersten Gerichtshof in England, laut welchem Bray beschworen hat: Nach seiner Erinnerung sei zwischen ihm und den Agenten der Schweiz. Lloyd-Rückversicherungs-Gesellschaft nichts darüber gesprochen oder vereinbart worden, daß der Globe M. I. Lstr. 500 auf eigenen Risiko zurückbehalte; auch in dem Bulletin (Cover note), welches er dem Globe übergeben habe, sei eine solche Uebereinkunft nicht enthalten.

Entscheidungsgründe:

1. Es ist zunächst Thatsache, daß der Eigenthümer des englischen Schiffes „Saviti" dieses an 4 Londoner Firmen bis auf den Betrag von 5000 Lstr. in Versicherung gegeben und daß die Firma Gray Dawes & Cie. als Hauptversicherer davon die Hälfte mit 2500 Lstr. übernommen hat. Ferner ergibt sich aus den Akten, daß die Versicherung in dem Sinne auch auf den Fall eines Zusammenstoßes des „Saviti" mit einem andern Schiff ausgedehnt wurde, daß die Versicherer die Deckung eines derartigen Schadens bis auf den Betrag von drei Viertheilen desselben gegenüber dem Schiffseigenthümer übernommen haben und zwar nicht nur des direkten, sondern auch des indirekten, d. h. desjenigen Schadens, der den letztern in Folge einer aus dem Zusammenstoß resultirenden Entschädigungspflicht gegenüber Dritten treffen könnte. Dabei wurde ausdrücklich vereinbart, daß zu diesem indirekten Schaden auch gehören sollen die Kosten, welche dem Schiffseigenthümer aus einer mit Einwilligung der

Versicherer erfolgten Bestreitung der Verantwortlichkeit gegenüber Dritten erwachsen sollten, Alles natürlich in der Meinung, daß die Versicherer wiederum für nicht mehr als die Versicherungssumme aufzukommen haben.

2. Das so umschriebene Risiko hat die Firma Gray Dawes & Cie., — wie bereits angedeutet, — bis auf den Betrag von 2500 Lstr. übernommen und davon gab sie der Klägerin 500 Lstr. in Rückversicherung. Auch diese übernahm also das Risiko genau so, wie es oben umschrieben worden ist, mit der selbstverständlichen Beschränkung, daß sie nur im Verhältniß der übernommenen Quote zum ganzen, überhaupt zu deckenden Schaden einzustehen habe und daß ihre Haftpflicht natürlich gegenüber Gray Dawes & Cie. bestehe. Die nämliche Quote, welche Klägerin übernommen, hat sie wieder der Beklagten abgegeben. Der darüber abgeschlossene Vertrag verweist ausdrücklich auf denjenigen zwischen der Klägerin und Gray Dawes & Cie., er sagt, daß die Rückversicherung unter allen Klauseln und Bedingungen der letztern übernommen werde und damit ist des Deutlichsten erklärt, daß die Beklagte der Klägerin für allen Schaden aufzukommen habe, den diese zufolge ihres Vertrages mit Gray Dawes & Cie. erleide, bezw. auf Grund desselben zu ersetzen verpflichtet sei und auch wirklich ersetze.

3. Das Schiff „Saviti" ist innerhalb der Versicherungsdauer unbestrittenermaßen mit einem andern zusammengestoßen und hat dasselbe beschädigt, dessen Eigenthümer ist für den dießfälligen Schaden verantwortlich gemacht worden und seine Verantwortlichkeit wurde auch gerichtlich ausgesprochen; es besteht kein Streit darüber, daß er dieselbe nur mit Einwilligung der Hauptversicherer bestritten und nur mit ihrer Genehmigung den Prozeß geführt hat, daraus aber folgt nach dem in Erwägung 1 Gesagten, daß er nicht nur Ersatz des dem Dritten zu vergütenden Schadens, sondern auch der aus der erfolglosen Bestreitung der Haftpflicht erwachsenen Kosten verlangen konnte. Unbestrittenermaßen beträgt der so zu beziffernde Schaden 1647 Lstr. und ist derselbe nach Inhalt der Versicherungsverträge mit $^3/_4$ dieser Summe = 1235 Lstr. 10 S. von den Hauptversichern gedeckt worden. Gray Dawes & Cie. hatten daran die Hälfte mit 617 Lstr. 55 S. zu bezahlen, diese Summe representirt also den Schaden, der ihnen aus der Hauptversicherung erwachsen ist und weil Klägerin die Deckung dieses Schadens durch Rüchversicherung im Verhältniß von 500 zu 2500 Lstr., also zu $^1/_5$ übernommen hat, so mußte sie denselben bis auf 123. 51 oder wie Klägerin rechnet, 123. 11 ersetzen. Nachgewiesenermaßen hat sie das gethan, aus ihrer Versicherung ist ihr also ein Schaden im genannten Betrage entstanden und da die Beklagte ihre ganze Quote in dem Sinne in Rückversicherung genommen hat, daß sie sich verpflichtete, ihr den Schaden, den sie zufolge des Vertrages mit Gray Dawes & Cie. erleiden sollte, zu vergüten, jener Betrag sich aber als solcher darstellt, so muß sie derselben auch dafür aufkommen, sofern ihr nicht eine befreiende Einrede zur Seite steht und dieß ist nun zu untersuchen.

4. Beklagterseits wird zunächst von einer Verjährungseinrede gesprochen und diese darauf gestützt, daß Klägerin ihre Ansprüche auf die briefliche Aufforderung der Beklagten vom 11. September 1886 nicht geltend gemacht habe, allein der Einwand hält nicht Stich. Zunächst ist klar, daß unter keinen Umständen von einer *Verjährung* des Klaganspruches gesprochen, sondern höchstens eine Verwirkung desselben in Frage kommen kann, allein auch eine solche ist nicht eingetreten, weil die Beklagte überall kein Recht hatte, die Klägerin zur Geltendmachung ihres Anspruches *unter der Androhung* aufzufordern, daß sonst Verzicht auf denselben angenommen würde und folglich diese Androhung als rechtlich unwirksam dahinfällt. Die Art. 665 und 667 des Schw. O.-R., auf die sie sich in dem betreffenden Briefe beruft, gaben ihr das Recht zu einer derartigen Androhung durchaus nicht, die letztcitirte Gesetzesstelle verneint dasselbe im Gegentheil, indem sie vorschreibt, daß sogar schwebende Verbindlichkeiten und um eine solche handelte es sich hier, durch Deposition oder auf andere Weise sichergestellt werden müssen. Gerade, weil die in Frage stehende Verbindlichkeit

damals noch eine schwebende war und es bis zum 8. November 1886, an welchem Tage der Schaden erst definitiv festgestellt war, blieb, konnte Klägerin ihren Anspruch innerhalb der ihr angesetzten Frist auch gar nicht geltend machen, sondern Alles, was sie allenfalls hätte thun können, wäre die Zusendung einer Anzeige gewesen, daß ein Schaden in Aussicht stehe.

5. Ein weiterer Standpunkt der Beklagten, der am richtigsten in diesem Zusammenhange behandelt wird, ist der, daß der Klaganspruch deßwegen ganz oder theilweise verworfen werde müsse, weil die Klägerin ihr von dem bestandenen Prozesse keine Mittheilung gemacht und ihr dadurch die Betheiligung an den Berathungen und Entschließungen über die Frage der Fortsetzung und der Art und Weise der Führung desselben entzogen worden sei. Auch dieser Einwand entbehrt indessen der Begründung. Zunächst ist darauf aufmerksam zu machen, daß der zwischen den Parteien geschlossene Rüchversicherungsvertrag unter allen Klauseln und Bedingungen der Hauptpolice abgeschlossen wurde, nach dieser aber davon auszugehen ist, daß nur die Hauptversicherer darüber zu entscheiden hatten, ob und wie die Frage der Verantwortlichkeit des Schiffseigenthümers für dritten Personen durch den Zusammenstoß zugefügten Schaden auf dem Wege des Prozesses untersucht und abzulehnen versucht werden soll. Diese Vereinbarung hatte auch einen ganz guten Sinn, weil eben die Hauptversicherer mit Rücksicht auf ihre große Betheiligung auch die Hauptinteressenten waren und deßhalb in der Wahrung ihrer Interessen gleichzeitig die beste Wahrung der Interessen der Rückversicherer erblickt werden konnte. Diese Auffassung schließt also die Verpflichtung der Klägerin, die Beklagte vom Bestande des Prozesses zu unterrichten und ihre Instruktionen einzuholen aus, zum gleichen Resultat führt aber auch die Betrachtung, daß der Rückversicherungsvertrag eigentlich nur die Deckung desjenigen Schadens zum Gegenstand hat, welchen der Rückversicherte seines Versicherungsvertrages wegen erleidet, denn daraus folgt, daß der Schaden, dessen Deckung die Beklagte übernommen hat, erst mit dem Momente eingetreten ist, in welchem die Haftpflicht der Klägerin aus ihrem Vertrag mit Gray Dawes & Cie. außer Zweifel stand, und dieß war erst mit der rechtskräftigen Entscheidung der Frage der Fall, ob und in welchem Umfange der Eigenthümer des „Saviti“ gegenüber dritten Personen aus dem Zusammenstoß der beiden Schiffe schadensersatzpflichtig sei. Wenn von einer Pflicht der Klägerin zur Streitverkündung an die Beklagte gesprochen worden ist, so ist dem entgegenzuhalten, daß eine solche jedenfalls nur dann bestanden hätte, wenn Klägerin an dem fraglichen Prozeß entweder direkt theilgenommen oder ihr von Gray Dawes & Cie. Streit verkündet worden wäre, weder das eine noch das Andere aber ist aus den Akten ersichtlich. Ueberdem hätte die Unterlaßung der Streitverkündung auch dann, wenn eine bezügliche Pflicht bestanden haben würde, den Untergang des Klageanspruches nur dann und insoweit zur Folge gehabt, als hätte bewiesen werden können, daß der Ausgang des fraglichen Prozesses bei erfolgter Streitverkündung ein anderer gewesen wäre (§ 249 des Rechtspflegegesetzes). Von einem solchen Beweis ist indessen nicht nur keine Rede, sondern es darf im Gegentheil mit aller Beruhigung angenommen werden, daß eine bezügliche Anzeige an dem Gang und Resultat des fraglichen Prozesses auch nicht das Geringste geändert haben würde und deßwegen muß denn auch der hier ventilirte Einwand der Beklagten unter allen Umständen, also selbst dann verworfen werden, wenn man eine aus dem Vertragsverhältniß und nicht bloß aus Prozeßrecht folgende Anzeigepflicht annehmen wollte. Es wird Niemand glauben, daß sich die Beklagte von Winterthur aus in den Gang des betreffenden Prozesses gemischt hätte oder zu andern Entschließungen gekommen wäre als die Hauptbetheiligten, z. B. einfach Zahlung ihrer Quote an die damals geforderte Summe anerboten hätte oder daß sie auch nur in die Lage gekommen wäre, bei den Berathungen ein maßgebendes Wort mitzusprechen. Ihre ganz naturgemäße Stellung war vielmehr die, daß sie die Wahrung ihrer Interessen in die Hände der Hauptversicherer legte, be-

konnte sie dieselben nicht wahrnehmen, weil letztere ihrer großen Betheiligung wegen zum sorgfältigsten Vorgehen gleichsam gezwungen waren und weil den Verhältnissen allein nahestehend auch allein die Möglichkeit richtiger und sachgemäßer Beurtheilung derselben für sich in Anspruch nehmen konnten. Dieses Verhalten stellt sich so sehr als das einzig gegebene dar, daß kein Moment daran zu zweifeln ist, es würde die Beklagte dasselbe auch dann beobachtet haben, wenn sie die Existenz des fraglichen Prozesses gekannt hätte. Im gegenwärtigen Momente ist es natürlich leicht, zu sagen, man hätte die betreffende Quote ohne Weiteres anerkannt und sich dadurch die Betheiligung an den Kosten erspart. Die Natur der Sache spricht dagegen und dieß um so eher, als eben im fraglichen Prozesse viel mehr gefordert worden ist, als schließlich gutgeheißen wurde. Wenn schießlich bemerkt wird, daß die Unterlaßung rechtzeitiger Anzeige vom eingetretenen Schaden für die Beklagte insofern nachtheilig gewirkt habe, als dieselbe mit Rücksicht darauf angenommen, es sei ein Schaden nicht eingetreten und deßwegen am 8. November 1886 mit ihrem Rückversicherer abgerechnet und denselben seiner Haftpflicht entlassen habe, so ist darauf zu erwidern, daß eine verspätete Schadenmeldung nicht vorliegt, weil der Schaden für die Klägerin nicht schon mit dem Zusammenstoß des „Saviti“, sondern erst mit der Feststellung der Schadensersatzpflicht des Schiffseigenthümer aus dem Zusammenstoß eintrat, von dieser aber die Klägerin vor dem 8. November nicht unterrichtet war und deßhalb auch keine Anzeige machen konnte; letztere erfolgte dann am 20. November 1886.

6. Eine letzte und Haupteinwendung der Beklagten ist endlich die, es sei die Versicherung unter der Voraussetzung abgeschlossen worden, daß Klägerin auch selbst noch und zwar mit einer gleich großen Quote an dem betreffenden Risiko betheiligt sei und daß, weil sich nun die Unrichtigkeit dieser Vertragsvoraussetzung herausgestellt habe, die Verpflichtung aus dem Vertrage nicht geltend gemacht werden könne, auch dieser Standpunkt muß indessen verworfen werden. Unterstellt, die Beklagte hätte ihren Vertragswillen wirklich nur unter der genannten Voraussetzung *erklärt*, so müßte ihre Einwendung, obgleich auch in diesem Fall von einer eigentlichen *Bedingung* nicht gesprochen werden kann, nach den allgemeinen Grundsätzen über die Lehre der Voraussetzung doch als begründet erklärt werden, weil wenn die erklärte Voraussetzung mangelt, das Bestehen der in Anlehnung an dieselbe erklärten Verpflichtung ohne rechtfertigenden Grund ist und der Angesprochene daraus eine Einrede ableiten hann. Nun ist aber weder bewiesen, noch genügend zum Beweise verstellt, daß die Beklagte ihren Vertragswillen nur unter der genannten Voraussetzung erklärt, d. h. die letztere selbst, — und darauf einzig kommt es an, — zum Bestandtheil ihrer Willenserklärung gemacht habe, Es mag im Allgemeinen das Geschäftsprinzip der Beklagten sein, nur einen Theil des auf dem Rückversicherten lastenden Risikos zu übernehmen, so lange aber nicht vorliegt, daß dieses Prinzip ein ausnahmsloses ist und, — worin das Entscheidende liegt, — auch der Klägerin als solches vollständig bekannt war, kann es nicht als *erklärte* Vertragsvoraussetzung gelten und an dem Beweise dafür mangelt es gänzlich. Gesetzt es könnte festgestellt werden, daß Klägerin bei keinem der bisher mit der Beklagten geschlossenen Verträge das ganze Risiko abgegeben, sondern jeweilen eine Quote zurückbehalten habe, so ist das deßwegen irrelevant, weil es den Schluß nicht gestattet, daß diese Thatsache auf einem Abkommen bezw. auf einem *beidseitigen* Geschäftsprinzip beruhe, währenddem das Zurückbehalten einer Quote nur bei dieser Sachlage als erklärte Vertragsvoraussetzung gelten könnte. Auch das Beweisanerbieten *für* das Bestehen einer Usance des Inhalts, daß der erste Versicherer stets eine Quote zurückbehalte, konnte nicht als erheblich erfunden werden, weil das Gewöhnlich Vorkommende die Ausnahme noch keineswegs ausschließt und überdem nur eine Usance dahingehend hätte von Bedeutung sein können, daß, so lange das Gegentheil nicht verabredet werde, das Zurückbehalten einer Quote als stillschweigend vorausgesetzt

gelte, eine so geartete Usance aber nicht behauptet worden ist. Für erheblich dagegen mußte das weitere Beweisanerbieten erklärt werden, daß Klägerin bezw. ihr Vertreter die beklagtischen Agenten anläßlich des Vertragsschlußes positiv versichert habe, ihr Risiko betrage nicht nur 500, sondern 1000 Lstr. und bleibe sie folglich mit einer gleichen Quote, wie die abgegebene, betheiligt, denn wenn man sich auch Angesichts des Umstandes, daß diese Versicherung in der schriftlichen Vertragsurkunde keine Erwähnung gefunden hat, zu der Ansicht neigen mochte, daß das Zurückbehalten einer Quote Seitens der Klägerin nicht zur *erklärten* Vertragsvoraussetzung geworden sei, so mußte doch in jener wissentlich falschen Versicherung eine dolose Täuschung erblickt werden, welche die Beklagte sowohl nach allgemeinen Grundsätzen über Willensmängel beim Vertragsabschluß (§ 925 des P.-R. G.-B.) als nach der speziellen Bestimmung des § 1717 des P.-R. G.-B. zur Vertragsanfechtung berechtigt hätte. Diese Auffassung liegt dem erlassenen Beweisdekret zu Grunde. Eine nochmalige genaue Prüfung der Akten ergibt nun aber bereits einen so vollständigen und schlüssigen Gegenbeweis, daß die Beweisantretung der Beklagten dagegen nicht mehr ernstlich in Frage kommen kann. Der Hauptversicherungsvertrag mit Gray Dawes & Cie. trägt die Nummer *120,898* und wurde am 28. Februar 1882 geschlossen bis auf den Betrag von 500 Lstr. der Gesammtversicherungssumme. Am 4. März 1882 machten die Agenten der Beklagten dem Globe die Mittheilung, daß sie das Risiko von 500 Lstr., *sich beziehend auf die Police 120,898* des Globe, beim Lloyd gedeckt haben und daß sie die Police sofort nach Empfang zustellen wollen. Hervorzuheben aus dieser Anzeige ist die Bezugnahme auf die Hauptversicherungspolice mit Nummerangabe, denn sie beweist schlagend, daß Dufresne und Lüders die letztere schon damals gekannt haben müssen, waren sie aber mit deren Inhalt vertraut, so wußten sie ganz genau, daß dieselbe nicht auf 1000, sondern bloß auf 500 Lstr. laute, und die Kenntniß dieses Umstandes würde sie, wenn sie früher auch von der gegentheiligen Ausnahme ausgegangen wären, vom Vertragsabschluß zurückgehalten haben, falls sie, wie man nach der Darstellung der Beklagten meinen sollte, Gewicht darauf gelegt hätten, daß Klägerin eine Quote behalte. Auch in dem vom 8. März 1882 datirten, zwischen den Litiganten selbst geschlossenen Versicherungsvertrag ist wiederum unter Angabe der Nummer auf den Hauptversicherungsvertrag und zwar hier nicht nur Allgemein, sondern noch mit dem speziellen Zusatz verwiesen, daß die Versicherung unter allen Klauseln und Bedingungen des letztern abgeschlossen werde. Nun ist man aber gewiß zu der Annahme gezwungen, daß die beklagtischen Agenten den Versicherungsvertrag nicht schlossen, ohne vorher von jenen so wichtigen Klauseln und Bedingungen der Hauptpolice, die auch einen Bestandtheil des Rückversicherungsvertrages bilden sollten, Kenntniß genommen zu haben, denn sonst hätten sie offenbar eine unverzeihliche Nachlässigkeit begangen, die Einsicht der Police aber zeigte ihnen, daß Klägerin ihr ganzes Risiko abgebe, ein anderer Schluß wäre nur dann möglich, wenn irgend etwas dafür vorliegen würde, daß die beklagtischen Agenten vielleicht das Bestehen einer zweiten Police mit Grund hätten vermuthen können, allein das ist nicht der Fall und in der That auch mehr als unwahrscheinlich. Das von der Beklagten citirte Bordereau ihrer Agenten beweist durchaus nicht, daß die letztern auch beim Vertragsabschluß noch der Meinung waren, Klägerin sei mit 1000 Lstr. engagirt gewesen und folglich nunmehr noch mit 500 Lstr. betheiligt, denn dasselbe datirt vom 29. Oktober 1881, während sogar der Hauptversicherungsvertrag erst am 28. Februar 1882, also $3^1/_2$ Monate später und der Rückversicherungsvertrag sogar erst am 8. März 1882 geschlossen wurde; das Datum des Bordereau bildet sogar ein bedeutendes Gegenindicium gegen die Darstellung der Beklagten insofern, als es beweist, daß die Angabe der beklagtischen Agenten dieser selbst gegenüber unmöglich auf einer Versicherung der Klägerin des Inhalts, sie sei mit *1000* Lstr. betheiligt, beruhen kann, denn damals war letztere über-

haupt noch nicht betheiligt, weder mit 500 noch mit 1000 Lstr., sondern es handelte sich bei Aufstellung dieses Bordereau allem Anscheine nach einfach um die Darstellung einer *muthmasslichen* Betheiligung, von der Jedermann wußte, daß sie sich gerade so gut verwirklichen könne wie nicht und die sich denn auch, nach dem Gesagten offenbar mit Wissen der beklagtischen Agenten, nicht verwirklicht hat; daß letztere die Beklagte davon nicht in Kenntniß gesetzt haben, kann die Klägerin nicht berühren.

Muß nun aber auf Grund des so festgestellten Thatbestandes das Gegentheil des Beweisthemas als durchaus bewiesen angesehen werden, so kann natürlich auf weitere Beweisanträge nicht eingetreten werden und zwar am allerwenigsten dann, wenn dieselben nicht substantiirt und die Beweismittel vollständig unzuverlässig sind. Die Hauptzeugen der Beklagten wären natürlich ihre Agenten, diese haben aber das größte Interesse am Obsiegen der letztern, weil ihnen andernfalls eine Regreßklage droht und könnte deßhalb auf deren Aussagen keinerlei Gewicht gelegt werden, überdem sind sie gegenwärtig als Litisdenunciaten der Beklagten am Prozesse betheiligt, sie können diese gleich einem Nebenintervenienten im Prozesse unterstützen (§§ 251 und 246 des Rechtspflegegesetzes) und es ist sehr zu vermuthen, daß sie bei einer Einvernahme mehr diese als die Zeugenrolle spielen würden; richtigerweise werden sie überhaupt als Partei zu taxiren und auch aus diesem Grunde auszuschliessen sein. Wie der Zeuge William E. Wallis in der Lage sein soll, den Beweissatz zu erhärten, ist nicht angegeben, weder wird gesagt, daß er den bezüglichen Verhandlungen der Agenten beigewohnt habe, noch daß er ohnedieß in der Lage gewesen sei, direkte Beobachtungen zu machen; die Beweisantretung ist also dießfalls durchaus mangelhaft. Der Agent der Klägerin, Namens Bray, hat bereits das Gegentheil von dem, was er nach der Beweisantretung der Beklagten bezeugen sollte, bezeugt und sogar beschworen, alles vor dem zuständigen englischen Richter (siehe Akt 33) und es ist deßhalb absolut sicher, daß die Einvernahme dieses Zeugen den bereits geleisteten Gegenbeweis nur verstärken könnte. Eine ganz bedeutende Verstärkung dieses Gegenbeweises liegt denn auch schon darin, daß in der beigebrachten Anzeige dieses Agenten an die Klägerin vom Vertragsabschluß, d. d. 3. März 1882, die Linie: „zurückbehaltene Beträge" nicht ausgefüllt ist. Wie der fünfte Zeuge, ein Angestellter des Bray, Wahrnehmungen im Sinne des Beweisthemas gemacht haben soll, wird nicht gesagt, wäre aber für eine gehörige Beweisantretung durchaus erforderlich gewesen wie beim Zeugen Wallis.

7. Nach dem Gesagten ist die Klage ohne Fortsetzung des Beweisverfahrens sofort und zwar in vollem Umfange unter Kostens- und Entschädigungsfolge für die Beklagte gutzuheißen.

Schluss:

1. Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin 123 Lstr. 11 S. zum Kurse von 25 Fr. 38 Rp. = 3135 Fr. 70 nebst Zins à 5 %, seit dem 20. November 1886 zu bezahlen.
2. Die Staatsgebühr wird auf 150 Frs. angesetzt.
3. Die Kosten sind der Beklagten auferlegt und es hat dieselbe der Klägerin eine Prozeßentschädigung von 140 Fr. zu bezahlen.
4. Mittheilung.

Kassationsgericht Zürich.

Sitzung vom 21. März 1887.

Ueber den Begriff der ständigen Dienstbarkeit nach zürcherischem Recht.

(§§ 691, 695 und 696.)

Einem Urtheil des zürcherischen Kassationsgerichtes vom *21. März 1887* in Sachen Erben Rosenberger ca. Erben Bockhorn entnehmen wir folgende, den Begriff der ständigen Dienstbarkeit nach zürcherischem Recht präcisirende und die Ansicht, daß Wegrechte nicht zu den ständigen Dienstbarkeiten gehören, begründende Erwägungen:

1. Als ständig (§ 695) oder ständig fortwirkend (§ 691) wird nach dem deutlichen Wortlaute des Gesetzes nicht die Anstalt,

sondern *das Recht der Dienstbarkeit* bezeichnet. Ständig ist also ein Dienstbarkeitsrecht, *dessen Ausübung durch die vorhandene Anstalt selbst bewirkt wird, ohne dass es einer Handlung des Berechtigten, wie derjenigen des Wasserschöpfens, des Weidens, des Begehens oder Befahrens eines Weges bedarf,* während ein Dienstbarkeitsrecht, bestehe eine Anstalt oder nicht, kein ständiges ist, wenn es zu dessen Ausübung einer Handlung des Berechtigten bedarf. Auch darauf kommt nichts an, ob die vorhandene Anstalt eine in die Augen fallende sei oder nicht. Es gibt *nicht*ständige Dienstbarkeiten, ungeachtet die vorhandene Anstalt eine in die Augen fallende ist und ständige Dienstbarkeiten, ungeachtet, wie z. B. bei Brunnenleitungen, die Anstalt im dienenden Grundstücke unterirdisch, also nicht in die Augen fallend ist. So unterscheidet auch das französische Recht zwischen ständigen und nichtständigen und augenfälligen und nicht augenfälligen Dienstbarkeiten und trifft sodann in Abweichung von unserm Rechte mit Rücksicht auf die Entstehung der Dienstbarkeiten besondere Bestimmungen für Dienstbarkeiten, die zugleich ständig und augenfällig sind, einerseits und für solche, die entweder ständig, aber nicht augenfällig oder nicht ständig sind, anderseits, mit der Bemerkung, bei den nichtständigen komme es nicht darauf an, ob sie augenfällig seien oder nicht. Als ständige Dienstbarkeiten bezeichnet es solche, zu deren Ausübung es keiner Handlung des Berechtigten bedarf, als nichtständige solche, zu deren Ausübung eine Handlung des Berechtigten nöthig ist. (Code civil Art. 688, 685, 691.)

2. Die Wegrechte gehören also zu den *nicht*ständigen Dienstbarkeiten, welche zu ihrer Begründung des Eintrags in dem Grundbuche bedürfen und zwar auch dann, wenn der vom Ansprecher benutzte Weg festgefahren oder festgetreten und von dem bepflanzten oder besäten Lande, durch welches er führt, deutlich ausgeschieden ist, sodaß er als bleibende Anstalt bezeichnet werden kann, *ferner auch dann, wenn der auf dem angeblich belasteten Lande befindliche Weg augenfällig und ausschliesslich dem Ansprecher dient,* wenn z. B. von der Scheune und dem Stalle des Ansprechers zu dessen Wiese oder Acker ein Fußweg oder Fahrweg über das dazwischen liegende Land eines Andern führt, endlich auch dann, wenn in Folge ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrages oder eines andern Erwerbstitels der Fahrweg oder Fußweg zu dem Zwecke, dem Ansprecher zu dienen, angelegt worden ist. So sagt auch Bluntschli, der Redaktor des privatrechtlichen Gesetzbuches, in seinem Commentar: Eine Dienstbarkeit sei nicht ständig, wenn sie zwar in einer körperlichen Einrichtung sichtbar sei, aber nicht in derselben *beständig* fortwirke, ein Wegrecht z. B. könne sich an einen sichtbaren Weg anschliessen, werde aber nur mit Unterbrechung geübt und könne daher nur durch das Grundbuch bestellt werden.

3. Demnach steht wohl der angefochtene Entscheid, welcher die Wegrechtansprache der klägerischen Partei deßhalb gutheißt, weil der Weg, den sie benutzen will, ein sichtbarer, ausgelegter Weg und es für Jedermann, also auch für den belasteten Eigenthümer ersichtlich sei, daß der Weg dem Ansprecher dienstbar sei und weil Ansprecher an dem Wege 10 Jahre lang redlichen Besitz geübt habe, mit den deutlichen Bestimmungen der §§ 691 und 695 des privatrechtlichen Gesetzbuches im Widerspruch und es braucht auf die weitern, von der beklagten Partei vorgebrachten Nichtigkeitsgründe nicht eingetreten zu werden.

4. In der Begründung des angefochtenen Entscheides wird auf drei Erkenntnisse der Civilabtheilung des Obergerichtes verwiesen, die vom 26. November 1863, vom 17. März 1864 und vom 24. August 1867 datiren (Zeitschrift für zürcherische Rechtspflege XIII S. 263 Nr. 41, XV S. 133 Nr. 48, XIX S. 177 Nr. 33) und was nun diese Verweisung betrifft, so ist hier der Ansprecher des Wegrechtes jedes Mal abgewiesen und nur in der Begründung angedeutet worden, es könnte unter Umständen auch ein Wegrecht, als ständige, sich in einer körperlichen Anstalt darstellende Dienstbarkeit angesehen werden und zwar nach dem ersten Erkenntnisse, wenn der Weg eine ausgelegte und abgegrenzte Straße oder eine ähnliche Einrichtung wäre,

nach dem zweiten, wenn der Weg durch eine Hecke zum Fahren ausgeschieden worden wäre, nach dem dritten, wenn der Weg eine gehörig ausgelegte und abgegrenzte Straße wäre, wobei übrigens ausdrücklich Zweifel über die Richtigkeit der Begründung des ersten Erkenntnisses und über die Frage ausgesprochen werden, ob überhaupt unter irgend welchen Voraussetzungen ein Wegrecht als ständige Dienstbarkeit angesehen werden dürfe.

5. Nun beruht aber, wie bereits ausgeführt worden ist, die Annahme, auch ein Wegrecht könne unter Umständen als ständige Dienstbarkeit angesehen werden, auf der Verwechslung des Rechtsbegriffes der ständigen Dienstbarkeit mit dem bloß ein thatsächliches Verhältniß bezeichnenden Begriff einer bleibenden Anstalt. Nicht jede Dienstbarkeit, deren Ausübung durch eine bleibende Anstalt vermittelt wird, ist eine ständige Dienstbarkeit, sondern eine ständige Dienstbarkeit ist nur eine solche, welche durch das Bestehen der Anstalt, *ohne Handlung der Berechtigten*, geübt wird. In den angeführten Erkenntnissen sind übrigens bestimmte Merkmale nicht aufgestellt, an welche der Richter im einzelnen Falle bei Beantwortung der Frage, ob ein Weg so beschaffen sei, daß er die Grundlage für eine ständige Dienstbarkeit bilde, sich halten könnte, und wenn überhaupt unter Umständen ein Weg geeignet sein soll, die Grundlage einer ständigen Dienstbarkeit zu bilden, so ist die Annahme des angefochtenen Entscheides folgerichtig, daß jeder Weg, sei er Fahrweg, Reitweg oder Fußweg, welcher ausgefahren oder ausgetreten ist und dem Ansprecher dient, für diesen das Recht der ständigen Dienstbarkeit begründe. Mit diesem Entscheide wäre freilich im Wesentlichen das vor Einführung des privatrechtlichen Gesetzbuches geltende Recht wieder hergestellt, wonach Wegrechte zu ihrer Begründung der Eintragung ins Grundbuch nicht bedurft haben. Der Unterschied bestände nur darin, daß einerseits zwar ein Wegrecht, dessen Ausübung sich nicht in einem festgetretenen oder festgefahrenen Weg, sondern nur in Fußstapfen oder Radspuren darstellen würde, ohne Eintragung ins Grundbuch nicht bestände, anderseits aber beim Vorhandensein eines festgetretenen oder festgefahrenen Weges, welcher dem Ansprecher dient, in Ermanglung eines Rechtstitels der früher erforderliche Nachweis des Unvordenklichkeit des Besitzes durch den Nachweis eines 10jährigen Besitzes ersetzt würde. Entgegen den angeführten Erkenntnissen ist aber das Kassationsgericht in einem Entscheide vom 12. Mai 1886 i. S. Morf und Streitgenossen ca. Kuhn von der Ansicht ausgegangen, auch ein einem fremden Grundstücke dienender *ausgelegter* Fahrweg begründe keine ständige Dienstbarkeit, sondern um die Dienstbarkeit zu begründen, bedürfe es der Eintragung in das Grundbuch.

6. Bei der Unterscheidung zwischen ständigen und nichtständigen Grunddienstbarkeiten fällt die Bestimmung des zweiten Absatzes des § 20 des Gesetzes betreffend die Eintragung der Grunddienstbarkeiten vom 22. April 1862, lautend: „Thürme, Fensterladen und Treppen in Häusern sowohl als bei der Einfriedigung eines Grundstückes sind gleichfalls körperliche Anstalten, welche, soweit Zweck und Bestimmung derselben außer Zweifel stehen, Dienstbarkeitsrechte an dem unmittelbar anliegenden nachbarlichen Grundeigenthum im Sinne des citirten § 695 des P.-R. G.-B. begründen können," außer Betracht. Es ist dieß, wie auch Gwalter, der Redaktor des Gesetzes, in seinem Commentar erklärt, eine singuläre, analoge Anwendung nicht zulassende Bestimmung, was sich schon daraus ergibt, daß die hier ausdrücklich bezeichneten Anstalten, durch welche eine Dienstbarkeit an dem unmittelbar anstoßenden Grundstücke des Nachbars begründet werden kann, auf dem herrschenden Grundstücke sich befinden, während sonst selbstverständlich ist, daß eine Anstalt, durch welche eine ständige Dienstbarkeit begründet wird, oder eine Anstalt, aus deren Bestehen, auf eine nichtständige Dienstbarkeit geschlossen werden kann, auf dem dienenden Grundstücke sich befinden muß, indem ja Jeder auf seinem eigenen Grundstücke beliebige Anstalten errichten kann, soweit er nicht durch gesetzliche Vorschriften oder erworbene Privatrechte daran gehindert ist.

7. Gesetzt übrigens, man finde, der obergerichtlichen Gerichtspraxis Rechnung tragend,

darin, daß ein gehörig ausgelegter Weg als eine ständige Dienstbarkeit begründend betrachtet werde, keinen Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes, so genügt im vorliegenden Falle die Verweisung auf die Lokalbeschreibung, um festzustellen, daß ein ausgelegter Weg, der als eine, eine Dienstbarkeit begründende ständige Anstalt betrachtet werden dürfte, nicht vorhanden ist.

Literaturanzeigen.

L. Rehfous. Le contrat d'Assurance en cas de décès. Genève, Géorg. 1887.

Der Verfasser bespricht zunächst in einem ersten Abschnitt seines Buches die verschiedenen Theorien, welche sowohl in der deutschen als französischen Rechtssprechung über die Natur des Versicherungsvertrages aufgesetllt worden sind, unterwirft dieselben einer kurzen Kritik und sucht den Nachweis zu leisten, daß das geltende Recht über die Verträge zu Gunsten Dritter genüge, um demjenigen, zu dessen Gunsten die Versicherung abgeschlossen worden, einen direkten Vortheil zuzuwenden und ihm ein direktes Klagerecht zu geben. Es werden ferner die Voraussetzungen besprochen, unter denen der Versicherungsvertrag zu Stande kommt und die Consequenzen, welche ungenaue und unvollständige Ausfüllung der Antragspapiere durch den Versicherungsnehmer nach sich zieht. Der Versicherer wird von jeder Verpflichtung aus dem Vertrage frei und kann die bezahlten Prämien behalten, der Verfasser erblickt aber die Ursache dieser Befreiung nicht in einer Nichtigkeit des Vertrages, sondern in der Haftpflicht des Versicherungsnehmers für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Deklaration beziehungsweise in einem aus dieser Haftpflicht für den Versicherer folgenden Anspruch auf Wiederaufhebung des Vertrages. Schließlich behandelt dieser I. Abschnitt auch noch die Formen des Vertragsschlusses und unterwirft dabei speziell auch die Frage einer Prüfung, ob ausdrücklich an Ordre oder auf den Inhaber ausgestellte Policen den Charakter von wirklichen Ordre- bezw. Inhaberpapieren an sich tragen oder nicht. Die Frage wird verneint und im Uebrigen ausgeführt, welche Vortheile die Beifügung der Ordre- und Inhaberclausel gewähre.

Im zweiten Abschnitt werden die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Vertrag erörtert. Der Verfasser geht davon aus, daß der Vertrag immer nur auf ein Jahr abgeschlossen werde, nach dessen Ablauf es dem Versicherungsnehmer freistehe, denselben durch fortgesetzte Prämienzahlung zu erneuern oder durch Unterlassung der letztern aufzuheben, wogegen die Gesellschaft zur Erneuerung unter den nämlichen Bedingungen verpflichtet sei. Die Frage, ob eine vertragswidrige Aenderung der Lebensweise oder eine Vermehrung der Gefahr die Gesellschaft berechtige, den Vertrag aufzulösen, wird bejaht und was die Beweislast beim Selbstmord betrifft, der Standpunkt eingenommen, es habe der Versicherer, um seine Befreiungseinrede zu begründen, nicht nur zu beweisen, daß der Tod des Versicherungsnehmers mit einer That desselben zusammenhänge, sondern im Fernern noch, daß diese That eine von ihm gewollte gewesen sei, wogegen anderseits den Ansprechern aus dem Vertrag der Beweis dafür obliege, daß der Versicherte in unzurechnungsfähigem Zustande gehandelt habe. Zum Schluß wird hier die rechtliche Stellung des Beneficiars erörtert, namentlich auch der Grund seiner Anspruchsberechtigung auf die Versicherungssumme, ob Cession oder eigenes Recht untersucht. Der dritte Abschnitt handelt von den Rechten der Gläubiger gegenüber dem Versicherungsnehmer und dem Beneficiar und untersucht dabei namentlich die Frage, ob die Versicherungssumme zum Nachlaß gehöre und in welchen Fällen die Gläubiger nicht darauf greifen können; es werden die Versicherungsverträge besprochen, die ein Ehegatte zu Gunsten eines Andern abschließt und diejenigen, welche die Erben oder Rechtsnachfolger im Allgemeinen als Beneficiare bezeichnen, im Gegensatz zu bestimmten Personen. Im vierten und letzten Abschnitt behandelt der Verfasser endlich die sogenannten gemischten Versicherungen und die Versicherungen sur la tete d' nu tiers und zieht schließlich noch die Schlüsse aus seinen Untersuchungen.

Die Arbeit ist entschieden eine werthvolle, sie wird dem Advokaten wie dem Richter gleich gute Dienste leisten und darf auch den Versicherungsgesellschaften empfohlen werden.

Dr. Fr. Meili, Professor in Zürich. Internationale Eisenbahnverträge und speziell die Berner Convention über das internationale Eisenbahnfrachtrecht. Hamburg 1887. Verlag von J. F. Richter.

Nach dem Vorwort ist diese Schrift ein erweiterter Separatabdruck eines Beitrages des Verfassers zu Holzendorfs Handbuch des Völkerrechts und enthält als Beilage die Berner Convention über das internationale Frachtrecht. Es werden die verschiedenen internationalen Verträge besprochen, welche das Eisenbahnwesen betreffen und fünf Gruppen aufgestellt, nämlich Verträge über den Bau und Betrieb von internationalen Eisenbahnen, Verträge über pecuniäre Unterstützung einer für den internationalen Verkehr bedeutenden Eisenbahnlinie (Gotthardbahn), Verträge über die technische Einheit der internationalen Eisenbahnlinien, Verträge über das internationale Eisenbahnprivatrecht und Verträge über den strafrechtlichen internationalen Schutz der Eisenbahnen. Ansprechend und namentlich auch juristisch interessant sind hauptsächlich die Ausführungen über die nach dem internationalen Rechte relevanten Hauptbestimmungen des Gotthardvertrages, aber auch die Besprechung der übrigen Materien wird der Leser mit Interesse verfolgen, so namentlich die Darstellung der hauptsächlichsten Errungenschaften und Ergebnisse der Berner Convention über das internationale Frachtrecht.

Georg Chr. Zographos. Ueber die Rechtsstellung der Ausgelieferten nach französischem Rechte. Hamburg 1887. Verlag von J. F. Richter.

Die Frage, welche hier behandelt wird, ist die, ob der an Frankreich Ausgelieferte ein Recht habe, vor dem zuständigen Richter gegen seine Auslieferung überhaupt und eventuell dagegen zu protestiren, daß er wegen einer weitern oder andern als der im Auslieferungsakt genannten Handlung gerichtet werde. Ein Gesetz darüber gibt es nicht, wohl aber hat sich eine bestimmte Gerichtspraxis ausgebildet und den Inhalt dieser festzustellen, hat sich der Verfasser zur Aufgabe gemacht, wie er sagt, nicht bloß, um einen prozeßualischen, sondern auch um einen völkerrechtlichen Zweck zu verfolgen und zwar den, die Staatsregierungen zu veranlassen, daß sie sich beim Abschluß eines Auslieferungsvertrages eine klare Vorstellung von den ihnen zustehenden Befugnissen und den praktischen Folgen machen, die eine erlangte Auslieferung begleiten werden.

In einem ersten Kapitel untersucht der Verfasser, welches die bisher und heute noch herrschende Meinung über den Stand der Gerichtspraxis in dieser Materie sei und findet, es gehe dieselbe dahin, daß das Beschwerderecht des Ausgelieferten vor dem Jahre 1847 anerkannt, nach diesem Zeitpunkt aber zurückgewiesen worden sei.

Das zweite Kapitel befaßt sich mit dem Nachweis, daß diese herrschende Meinung eine irrthümliche sei, indem eine genaue Prüfung der gesammten Spruchpraxis des französischen Kassationshofes zur Evidenz ergebe, daß diese Praxis nie gewechselt, sondern von Anfang an bis auf den heutigen Tag dieselbe geblieben sei. Gleichzeitig zeigt der Verfasser, welches diese Praxis gewesen und auch noch sei und gelangt dabei in der Hauptsache zu folgenden Schlüssen:

1. Nach der Auffassung des französischen Kassationshofes stellen sich die Auslieferungsverträge nicht als Gesetze, sondern einfach als dem öffentlichen Rechte und der höhern Verwaltung angehörende Akte dar und die Gerichte sind deßhalb nach dem Prinzip der Trennung der Gewalten zur Prüfung und Auslegung eines solchen Vertrages nicht competent, sondern schlechterdings an die Auslegung der Staatsregierung gebunden, für sie ist einfach der Wille der letztern maßgebend, sie dürfen nicht einmal Bedenken über die Rechtmäßigkeit dieses Willens äußern, sondern haben den Angeklagten einfach nach Maßgabe und Inhalt des regierungsräthlichen Ueberweisungsbeschlusses zu beurtheilen, woraus von selbst folgt, daß sie auf keinerlei

Beschwerden desselben über seine Auslieferung eintreten dürfen. Wo aber Zweifel darüber bestehen, ob die Auslieferung überhaupt auf einem Regierungsakt beruhe oder nicht, oder wo dieser Akt verschiedener Auslegung fähig ist, da können die Gerichte das Verfahren sowohl von Amtswegen als auf Anregung des Staatsanwaltes oder des Angeklagten aussetzen und durch Befragen der Regierung sich Klarheit darüber verschaffen, ob eine Auslieferung vorliege und mit Bezug auf welche Handlungen.

2. Als praesumtiver Wille der Regierung ist der auf strickte Beobachtung der Auslieferungsverträge gerichtete Wille zu betrachten und es dürfen deßhalb die Gerichte so lange, als ihnen nicht ein gegentheiliger Wille der Regierung mitgetheilt worden ist, davon ausgehen, daß der Ausgelieferte nur bezüglich derjenigen Anklage gerichtet werden dürfe, mit Rücksicht auf welche die Auslieferung stattgefunden hat.

3. Der Ausgelieferte hat, insofern der Wille der Regierung nicht entgegensteht, das Recht der Beschwerde wegen Erweiterung der Anklage über die Grenzen des Auslieferungsgrundes hinaus. Dieses Beschwerderecht folgt aus dem Gerichtsorganisationsgesetz des französischen Staates vom August 1790, weil hier den Richtern jede Einmischung in die Akte der administrativen Gewalt verboten ist, eine solche Einmischung aber vorliegt, sobald eine weitergehende Anklage zugelassen wird, als im Willen der über die Auslieferung und ihre Folgen allein entscheidenden obersten Verwaltungsbehörde liegt. Das citirte Gesetz ist ein Grundgesetz des französischen Staates, über dessen Verletzung sich Jeder beschweren kann, für den dieselbe nachtheilig wirkt.

Ein III. Kapitel spricht von einigen Fällen, in denen das Gericht ausnahmsweise zur Prüfung der Auslieferung berechtigt ist und zum Schlusse wird im IV. und letzten Kapitel nachgewiesen, daß der Angeklagte sowohl nach der Theorie als Praxis auf die Geltendmachung der in seinem Interesse stipulirten Klauseln des Auslieferungsvertrages verzichten kann.

Fr. Heinrich Geffken. Das Recht der Intervention. (Separatausgabe aus dem im Erscheinen begriffenen völkerrechtlichen Handbuch Holzendorffs.) Hamburg 1887. Verlag von J. F. Richter.

Wie schon aus dem Titel hervorgeht, handelt es sich hier um die *völkerrechtliche* Intervention. Sie wird bezeichnet als das gebieterische Eingreifen eines Staates entweder:

a. in die Beziehungen zweier anderer Staaten ohne die Zustimmung beider oder eines derselben, — oder und namentlich
b. in die innern Angelegenheiten eines andern Staates.

Der § 1 befaßt sich mit der nähern Begründung und Erläuterung dieser Begriffsbestimmung und der § 2 untersucht die Frage, wann eine Intervention nach dem in § 1 festgestellten Begriffe gerechtfertigt sei, wobei die Ansicht ausgesprochen wird, daß für den Fall, wo es sich um das Eingreifen eines Staates in die Beziehungen zwischen zwei andern Staaten handelt, allgemeine Regeln sich nicht aufstellen lassen, währenddem für die Einmischung in die innern Angelegenheiten eines dritten Staates der Grundsatz aufgestellt werden dürfe, daß dieselbe nur dann gerechtfertigt sei, wenn sie zum Schutze eines im gegebenen Falle unzweifelhaft noch höhern Rechtes stattfinde, als es das fundamentale Recht der Selbstbestimmung eines unabhängigen Gemeinwesens sei. Anschließend an diese Ansicht, daß das Interventionsrecht ein Ausnahmerecht sei, welches der Autonomie gegenüber nur durch die Verletzung noch höherer Interessen gerechtfertigt werde, werden in den folgenden Paragraphen verschiedene Interventionsgründe als unstichhaltig bezeichnet und in Anlehnung an die bezüglichen Ausführungen sowie zur Erhärtung derselben geschichtliche Beispiele besprochen. Als durchschlagendsten Interventionsgrund bezeichnet die Schrift die Bedrohung der eigenen Sicherheit des intervenirenden Staates und die Bedrohung des staatlichen Gleichgewichtes, auch eine grobe Verletzung des Völkerrechts kann gerechten Grund zur Intervention geben.

Zum Schlusse wird speziell die Intervention der Europäischen Mächte in die Ange-

legenheiten des Osmanischen Reiches einer Besprechung und Kritik unterworfen, wobei diejenige Partie das nächstliegendste Interesse erwecken dürfte, welche im Anschluß an die neuesten Verwicklungen von der Intervention Rußlands in die bulgarischen Angelegenheiten handelt.

Schweizerisches Familien-Wochenblatt. Verlag von Schröter und Meyer in Zürich.

Dieses Volksbildungsblatt beginnt jetzt seinen 7. Jahrgang, beziehungsweise hat ihn mit dem 1. Juli begonnen. Schon in seiner ersten Nummer bietet dasselbe eine Reihe der vorzüglichsten Artikel. Diese Nummer enthält: Gedicht. — Marianne. Erzählung von M. Gerner. — Die Sandkasse. Ein Lebensbild von L. Dilling. — Vom Haushaltungsgeld. — Häusliches Glück. — Sonnenschein. — Der Gesundheitswerth des Spazierganges. Von Dr. G. Custer. — Spruch. — Tante Christinens I. Brief an meinen Haushalt. — Wir sollen warten können, aber — nicht warten lassen. — Weisheitssprüche. — Meinungsaustausch. — Briefkasten. — Unterrichtsbriefe in Volapük. Von Dr. A. Keller. — Die Kochschule, ein Rathgeber in Familie, Haushalt und Küche.

Einem jeden Familienvater und namentlich den Frauen und Töchtern, denen an einem guten und reichhaltigen, dabei so billigen Blatte für genußreiche Unterhaltung sowie Belehrung in Haus- und Erziehungsfragen gelegen ist, sei das „Schweizer. Familien-Wochenblatt“ bestens empfohlen. Es kostet vierteljährlich bloß 1 Fr. 50 Cts.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. August 1887. VI. Band. № 15.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
der
Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes
vom 28. Juni 1887
in Sachen
des *Fridolin Schuler-Schmied* von Glarus, Inhaber einer Baumwollspinnerei im Grundthal-Wetzikon, Beklagten und Appellanten,
gegen
J. R. Guyer in Zürich, Kläger und Appellat
betr. Forderung aus unerlaubten Handlungen.

Klage gegen den Gläubiger eines insolventen Schuldners auf Ersatz des Schadens, den derselbe dem Kläger dadurch zugefügt haben soll, daß er seinen Schuldner, — obgleich dessen Insolvenz kennend, — veranlaßt habe, beim Kläger Waaren auf Kredit zu beziehen und solche ihm, dem Beklagten, als Deckung zu überlassen.

Geltendmachung von civilrechtlichem Dolus und strafbaren Handlungen (Anstiftung eventuell Thäterschaft bei Betrug und Anstiftung zu betrüglichem Bankerott) als Klagegründe. Einrede der Verjährung (Art. 69 des O.-R.). Frage der zeitlichen Rechtsanwendung bezüglich dieser Einrede (Art. 882 Abs. 3 des O.-R.). Berechnung der Verjährungsfristen (Art. 883 des O.-R.). Die rechtliche Bedeutung der Klaganhebung beim incompetenten Richter für die Frage der Verjährung (Art. 158 des O.-R.). Anfechtung fraudulöser Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens auf Grund des deutschen Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879.

Streitfrage:

Ist der Beklagte schuldig, an den Kläger 20,602 Fr. 75 Rp. nebst Zins 5 % vom 26. Februar 1883 an zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Der Beklagte betreibt mit seinen beiden Söhnen Caspar und Heinrich Schuler, denen Prokura eingeräumt ist, die Baumwollspinnerei Grundthal, Gemeinde Wetzikon; er erwarb diese Spinnerei nebst Wohngebäude am 13. Mai 1874 durch Kauf von Tobler-Schellenberg für 425,000 Fr., woran mit Mai 1877 und 1878 *je* 25,000 Fr. zu bezahlen waren und 143,000 Fr. vom 1. Juli 1880 an halbjährlich aufgekündet werden konnten.

B. Im Februar 1878 trat Schuler mit C. Ackermann & Cie., Nähfadenfabrik in Heilbronn, in Verkehr; am 28. Juni gl. Js. erhielt er über diese Firma durch Vermittlung der Schweizerischen Kreditanstalt eine günstige, dahin schließende Information, daß derselben 30—40,000 Fr. ruhig kreditirt werden können. Der Verkehr bestand darin, daß Beklagter der genannten Firma seine Garne

lieferte, welche drei Monate nach dem Datum der Factura mit 3 Monat-Eigenaccepten bezahlt wurden resp. bezahlt werden sollten.

C. Am 15. Oktober 1879 war das Guthaben des Beklagten an C. Ackermann & Cie. für geliefertes Garn auf 78,769 Fr. angestiegen, wogegen er folgende Eigenaccepte erhalten hatte:

p. 31. Oktober	10,000 Mk.
p. 30. November	9,000 „
p. 31. Dezember	7,000 „
zusammen	26,000 Mk. = 31,540 Fr.

Diese Tratten hatte der Beklagte weiter begeben; für sein ferneres Guthaben waren ihm Eigenaccepte per 31. Januar, 29. Februar, 31. März, 30. April und 31. Mai 1880 im Gesammtbetrage von 45,970 Fr. zugesagt.

D. Am 27. Oktober 1879 erschien Carl Ackermann persönlich beim Beklagten in Wetzikon und theilte ihm mit, daß es ihm in Folge einer momentanen Verlegenheit nicht möglich sei, die per 31. Oktober 1879 fällige Tratte von 10,000 Mark einzulösen. Die Verlegenheit wurde damit motivirt, daß die Firma, — in der Voraussetzung, es werde in Deutschland die Zollerhöhung für ausländische Garne schon am 1. Juli 1879 eintreten, — große Vorräthe angeschafft habe, während sie dieselben nunmehr, da der Termin für die Zollerhöhung auf 1. Januar 1880 hinausgeschoben worden sei, nicht sofort verwerthen könne. Dagegen wurde darauf hingewiesen, es werde dieß im folgenden Jahr der Fall sein, sodaß in den ersten 6 Monaten des Jahres 1880 die Tratten wieder eingelöst werden können. Die von C. Ackermann vorgewiesene Bilanz per 1. Jenner 1879 wies ein Geschäftskapital von 240,000 Mark auf.

Der Beklagte bewilligte hierauf die Prolongation des Ende Oktober 1879 fälligen Acceptes von 12,118 Fr. und übergab dem C. Ackermann 12,000 Fr. in Baar behufs Einlösung dieser Tratte, ebenso stellte er demselben die Prolongation des nächsten Acceptes in Aussicht. Den 27./29. Oktober 1879 bescheinigten C. Ackermann & Cie. den Empfang der 12,000 Frkn. und übersandten dagegen 2 Tratten im Gesammsbetrage von 10,150 Mark per 31. Januar 1880.

In einem Privatbrief vom 29. Okt. 1879 verdankte C. Ackermann dem Beklagten das Vertrauen, welches dieser der Firma in der außergewöhnlichen Lage, in die sie besondere Umstände *vorübergehend* gebracht, erwiesen habe und übermittelte dem Beklagten ein Verzeichniß „der besprochenen zu verlängernden Beträge“ im Gesammtbetrage von 38,700 Mark, fällig per Ende Januar, Februar, März, April und Mai 1880. Dabei ist bemerkt: „Beträge ändern wir stets etwas und senden Ihnen die jeweiligen Accepte immer schon Nitte des Monats ein.“

Der Beklagte erwiderte mit Brief vom 5. November 1879, es sei ihm unmöglich, voll zu entsprechen, gefußt auf seine Bücher wolle er trachten, folgende Prolongationen zu gewähren:

Oktober 10,000 Mark Ende Januar, April, Juli;

November 9000 Mark Ende Februar, Mai, August.

Es sei dieß das Maximum dessen, was er zu leisten im Stande sei.

Den 17. November 1879 wiederholten C. Ackermann & Cie. das Gesuch um Prolongation in dem im Briefe vom 29. Oktober erwähnten Umfange unter Auseinandersetzung ihrer gegenwärtigen Lage und der Zusicherung, daß sich dieselbe günstig gestalten werde, gegenwärtig aber, um sich aus ihrer jetzigen Verlegenheit zu ziehen und ihren Kredit nicht zu gefährden, sie sich für die Prolongation ihrer Accepte nur an den Beklagten, an ihren Maschinenlieferanten in Manchester und an Gebrüder Dreyer (ihre Zwirner in St. Amarin bei Thann im Elsaß) wenden dürfen.

Der Beklagte prolongirte hierauf mit Brief vom 26. November 1879 die Novembertratte von 9000 Mark und sandte die zur Einlösung erforderliche Summe nach Heilbronn, ebenso machte er im November noch Garnlieferungen dorthin für 12,412 Fr. 80 Rp., zahlbar in 6 Monaten.

Am 4. Dezember 1879 schrieb er an die besagte Firma: Weiter könne er nicht gehen, nicht aus Mangel an Vertrauen, aber aus Unvermögen, weil er seine Fonds nicht bloß für den laufenden Verkehr, sondern auch für

Kapitalabzahlungen brauche. Ackermann & Cie. wiederholten aber ihre Bitte am 14. Dezember, die Gebrüder Dreyer unterstützten das Gesuch und am 21. Dezember sagte dann der Beklagte die Prolongation aller fünf Tratten zu und sandte bald darauf auch das Geld zur Einlösung der Dezembertratte. Am 6. Dezember 1879 hatte Schuler noch eine Garnlieferung gemacht für 7760 Fr., zahlbar in 6 Monaten.

Am 25. Dezember schrieb Ackermann: „Ich bin der festen Ueberzeugung, daß wenn Sie und Dreyer uns mit den von Anfang an proponirten Beträgen unterstützen, die Verlegenheit keinerlei Gefahr noch weniger Verlust für Sie haben wird. Aus meinen frühern Darlegungen geht hervor, daß mit dem s. Z. in Aussicht genommenen Absatz resp. mit dem Eingang der Gelder hieraus die Calamität *sich heben muss.*"

Mit Brief vom gleichen Tage erklärte Schuler, er sehe deutlich voraus, daß er nur bei ganz ununterbrochenem Absatz seiner Produkte an Comptant-Zahler die zugesagten Prolongationen innehalten könne; dieß wäre möglich, wenn Ackermann & Cie. ihren Bedarf statt direkt indirekt durch Agenten, wie Blattmann und Kesselring (jetzt Müller-Staub), Heinrich Fierz & Berchthold und Schmied, welche comptant zahlen, beziehen könnten. Auf diese Weise könnten sie seine (Schulers) Garne ebenso gut und billig bekommen wie bei direktem Bezuge. „Sie erfragen zu diesem Behufe bei verschiedenen Agenten in Nr. 90—120 einfach gute und nicht zu theure Garne aus Galini, peignirt, wenn möglich Handstuhlbobinen, welche weniger Krängel haben. Diese Nummern werden in der Schweiz selten in meinen trefflichen Qualitäten erstellt, ich würde daher von den Agenten, die eben Comptantzahler sind, jedenfalls um Muster und Preise, die Sie natürlich auch erfragen müssen, angegangen. Durch gewisse, mit Ihnen zu verabredende Zeichen könnte ich Ihnen meine Erzeugnisse deutlich kenntlich machen etc."

Ackermann acceptirte diesen Vorschlag, allein aus verschiedenen Gründen gelang es nicht, das Projekt auszuführen.

Ende Jauuar 1880 waren 2 Tratten im Gesammtbetrage von 20,080 Fr. fällig und der Beklagte schickte das Geld zur Einlösung. Am 7. Februar beklagte sich Ackermann, daß Gebrüder Dreyer das versprochene Quantum Garn nicht zwirnen, währenddem sie viel mehr Commissionen erhalten und der Verkauf sich sehr günstig gestalte. Es wird gewünscht, daß Schuler die Gebrüder Dreyer mahne und bemerkt: „daß bei wohlverstandenem richtigem Zusammenwirken die jetzige Situation zuverlässig gut vorüber gehe."

Mit Briefen vom 13. und 17. Febr. 1880 ersuchte der Beklagte die Firma C. Ackermann & Cie., ihm auf irgend eine Weise durch Pfänder oder Bürgschaft für sein bedeutendes Guthaben Deckung zu verschaffen und Ackermaan & Cie. antworteten am 16. Februar, sie wollen den Beklagten gerne sichern, sofern es geschehen könne, ohne daß ihr Ansehen und Kredit darunter leiden müsse. Am 23. Februar 1880 sandte Schuler zur Einlösung der Ende gleichen Monats verfallenen Tratten 18,408 Fr. 55 in baar nach Heilbronn.

E. Unterm 29. Februar 1880 übersandten Ackermann & Cie. dem Beklagten die Bilanz per 1. Januar 1880. Dieselbe weist ein Nettovermögen von 203,023 Mark 80 Pfg., aber auch einen Betriebsverlust von 44,686 Mark auf. Dazu wird bemerkt: „Dieser Verlust ist leider so außerordentlich groß, daß wir unbedingt zu Grunde gehen, wenn er sich wiederholt. Die Hauptursache ist in dem Umstande zu suchen, daß wir nicht selbst genügend zwirnen, die Rettung daher zu finden in der Umänderung der Fabrikationsweise durch Anlegung einer Zwirnerei mit Ringzwirnmaschinen; mit dieser würde bei der für Deutschland nöthigen Mehrproduktion das Defizit sofort aufhören und wäre die Grundlage zur Rente geschaffen, denn Commissionen haben wir genug; über die Möglichkeit der Errichtung der Zwirnerei haben wir uns genau informirt, die Dampfmaschine könnten wir auf 9 Monate Ziel kaufen, die Zwirnmaschine auf 6 und den Baumeister innert Jahresfrist zahlen. Das Ganze wäre also binnen Jahresfrist aufzubringen. Würde uns nun für die Summe von 60 à 7000 Mk. ein Moratorium für 1 Jahr bewilligt, so glau-

ben wir, wäre die Bezahlung der Neuanlage möglich."

Dann wird der Beklagte ersucht, das Moratorium zu gewähren *mit dem Beifügen, es könnte ihm dann vielleicht 1. Hypothek auf die neue Zwirnerei eingeräumt werden*. Dem Briefe war eine Rentabilitätsberechnung beigefügt, nach welcher mit der neuen Einrichtung in einem halben Jahre 40,000 Mk. Gewinn erzielt würden.

Am 7. März 1880 reiste der Sohn Caspar Schuler nach Heilbronn und dort verständigte man sich dahin, daß Ackermann & Cie. im Laufe des I. Halbjahres 1880 von den schuldigen Accepten drei von je 6000 Mark einlösen sollen, sodaß das Guthaben des Beklagten von 100,000 Er. auf ca. 75—80,000 Frkn. zurückgehe, dagegen werde dieser mit dem Restbetrag von ca. 75,000 Fr. gegen Sicherstellung wenn immer möglich ein Jahr lang warten. Als Sicherstellung wurde in Aussicht genommen: Abtretung zu Faustpfand *a.* des Garnlagers in Hochfelden und *b.* des Zwirnlagers bei Geber und Mader in Mannheim, sodann Abtretung von Guthaben und Errichtung einer Hypothek. Die Verpfändung des Garnlagers in Hochfelden unterblieb, dagegen wurde dem Beklagten unterm 17. März 1880 eine Partie Nähfaden im Werthe von 5045 Mk. bei Geber und Mader in Mannheim als Pfand zur Disposition gestellt und die bezügliche Faustpfandurkunde unterm 27. März 1880 ausgefertigt.

Am 14. April 1880 schrieben C. Ackermann & Cie., es sei ihnen unmöglich, ohne Gefährdung ihres Kredits ihre Abnehmer zum Accept von Tratten zu veranlassen, versprachen dagegen zu den 18,000 Mark, welche im I. Halbjahr 1880 einzulösen wären, per Juli und August weitere 10,000 Mk. zu bezahlen, für fernere 5000 Mark Faustpfänder zu geben und für den Rest eine Hypothek zu errichten, wirklich schickten sie dann auch am 10. Mai 1880 an Geber und Mader ins Faustpfandlager des Beklagten weitere Waaren im Betrage von 5—6000 Mark.

Ueber den Eortgang des Baues und des Geschäftes schrieb Ackermann den 3. Juni 1880: „Der Neubau geht gehörig vorwärts, wir denken den 20. Juni 1880 mit dem Montiren der Dampfmaschine beginnen zu können, von Platt, welcher die Ringzwirnmaschinen liefern sollte, ist Nachricht da, daß er sie im Laufe Juli abliefern werde, an Ordres fehlt es nicht, für Deutschland allein haben wir Mark 150,000 Rückstände, nur die Zwirner liefern nicht genug."

Per Ende April, Ende Mai und Endi Juni 1880 hatten Ackermann & Cie. gemäß der citirten Vereinbarung 3 Tratten mit zusammen 21,700 Fr. eingelöst, wodurch sich das Guthaben des Beklagten auf 77,286 Fr. 80 reducirte, davon waren ca. 11,000 Mk. durch Faustpfänder in Mannheim gedeckt, 10,000 Mark sollten per Juli und August 1880 bezahlt und für den Rest eine Hypothek errichtet werden.

F. Im Juli 1880 mußte Carl Ackermann wegen eines Lungenleidens nach Davos und von dort schrieb er am 9. Juli, daß, obwohl bezüglich des Absatzes sich ihre Voraussetzungen weit mehr als verwirklicht haben, ihre Eingänge in Folge Steckenlassens der Zwirner doch ungenügend seien und sie deßhalb die Julitratte nicht einlösen können. Schuler antwortete, daß er nur prolongire, wenn Dreyer dieß auch thun und endlich die Hypothek auf den Neubau gefertigt werde. Dreyer entsprachen und am 26. Juli schickte auch der Beklagte das Geld (5038 Franken) zur Einlösung der Julitratte. Am 31. Juli kam der Bericht, daß auch die Tratte per August nicht eingelöst werden könne und deßhalb findet sich im Briefe des Beklagten vom 8. August die Bemerkung: „Der Wiederbeginn der Nichteinlösung hat alle frühern Besorgnisse in verstärktem Maße wachgerufen." Ackermann antwortete aber am 10. August: „Die Gründe warum die Mark 10,000 nicht einlösen können, sind so klar, daß Sie Ihnen gewiß einleuchten müssen und ist die Polongation sicherlich kein Grund zu Schritten, welche unsere Position unmöglich machen. Ich habe bis heute keinen Zweifel, daß wir bei Heller und Pfenning mit Zins und Dank Ihr Guthaben zurückerstatten werden, allein unser Kredit muß erhalten bleiben." Der Beklagte prolongirte nun auch die Augusttratte, verlangte aber immer energischer Errichtung der Hypothek.

Als es trotz allen Mahnens mit der Hypothekenbestellung nicht vorwärts gehen wollte, ging Caspar Schuler, Sohn, Mitte Oktober 1880 nach Heilbronn und daselbst wurden die Grundzüge zur Pfandbestellung vereinbart und nach der Rückkehr des Sohnes Schuler vom Beklagten einem Advokaten in Ravensburg übersandt.

G. Am 23. Oktober 1880 schrieben Ackermann & Cie. dem heutigen Kläger Guyer: Sie verdanken seine Adresse einem Geschäftsfreunde und bitten um Anstellung in den Nummern 80, 90, 100. «*Wir gebrauchen zu unserer Fabrikation ganz reine peignirte Garne in den höhern Nummern, aus Galini gesponnen und bevorzugen Handgespinnste, weil sie wenig Krängel haben.*» (Vergleiche damit den Brief Schulers an Ackermann vom 25. Dezember 1879.)

Am 3. November verlangte Ackermann Bemusterung und bestellte am 16. gl. M. eine Probekiste, Guyer acceptirte den Auftrag jedoch nur gegen *3* Monataccept vom Datum der Factur an, und darauf anullirte Ackermann die Bestellung, weil ihm überall auf *6* Monate kreditirt werde. Nun acceptirte Guyer diese Bedingung und die Bestellung der Probekiste wurde am 4. Dezember wieder aufgenommen. Schon am Tage vorher (3. Dezember) hatte der Beklagte dem Kläger die Nummern 80—100 und 110—160 offerirt. Die Lieferung der Probekiste von Guyer an Ackermann erfolgte am 15. Dezember 1880. Der Facturabetrag erreicht die Summe von 551 Fr. 40 Rp. Am 18. Dezember bestätigten Ackermann & Cie. den Empfang dieser Factura und bemerkten: „Was neue Bestellungen betrifft, so warten wir nun einmal den Ausfall der Probe ab und wollen sehen, ob die Qualität für uns brauchbar ist.“ Am 10. Januar 1881 bemerkte Schuler dem Ackermann: „Garnlieferanten, die Sie anfragen, wollen Sie mich nach Abrede nicht als Referenz aufgeben. *J. R. Guyer stelle Morgen billigste Preise für Galinigarne*“ und in der That offerirte Schuler dem Kläger mit Brief vom 11. Jenner 1881 die Garnnummern 80—130, bemerkend: «*Vermöge der Krängellosigkeit eignen sich meine Garne ausser für mechanische Weissweberei auch ausserordentlich gut für Zwirnerei und Nähfadenfabrikation.*» Mit Brief vom 13. Januar 1881 frugen hierauf Ackermann & Cie. den Kläger an, ob es ihm jetzt möglich sei, in feinen Garnen aus Galini, insbesondere Nr. 90—120 Lieferung zu machen und dieser antwortete folgenden Tags (14. Jenner), er offerire in primissima Galini 80—130 zu den und den genau angegebenen Preisen, beifügend: „Es is dieß das feinste, was in Galini geliefert werden kann und hoffe ich, Sie werden zu einem ersten Geschäfte hierin sich entschließen. *Dieses Gespinnst eignet sich für Zwirn ganz vorzüglich, da es nicht krängelt.*“ In einem Brief vom gleichen Tage meldete Schuler dem Ackermann, daß und zu welchen Preisen er dem Guyer die Nummern 80—120 offerirt habe und fügte bei: „Herr Hch. Zangger in Uster würde Ihnen diese Nummern wohl auch liefern. Wenn gewünscht, offerire ich dieses Sortiment (80—130 Z. Galini) auch Zangger.“

Am 5. Februar 1881 bestellten Ackermann & Cie. beim Kläger 200 Pfd. Nr. 100 und 700 Pfd. Nr. 110 und es wurde diese Bestellung ausgeführt. Die bezüglichen Fakturen datiren:

1. vom 12. Februar 1881 im Betrage von 610 Fr. 10
2. vom 9. März 1881 im Betrage von 1188 Fr. 20
3. vom 28. März 1881 im Betrage von 1692 Fr. 70 und
4. vom 7. April 1881 im Betrage von 680 Fr. 35.

Ferner ist hier noch einer Factur vom 6. Juli 1881 im Betrage von 571 Fr. zu erwähnen, die sich auf eine Kiste *Nro. 70 Zettel* bezieht.

Die sämmtlichen für diese Facturabeträge von Ackermann & Cie. dem Guyer gegebenen Accepte sind eingelöst worden und ist also dem letztern aus diesem Geschäftsverkehr ein Schaden nicht erwachsen.

H. Am 15. November 1880 waren zwischen dem Beklagten, vertreten durch einen Ravensburger Advokaten und Ackermann & Cie. zwei Verträge zu Stande gekommen. In dem ersten Vertrage räumen C. Ackermann

& Cie. dem Beklagten für seine Kontokorrentforderung von 60,000 Mark das erste Pfandrecht ein auf der von ihnen erstellten Neuanlage nebst Grund und Boden, sowie auf den sämmtlichen Maschinen und Transmissionen. Im zweiten Vertrage cediren C. Ackermann & Cie. dem Beklagten zur theilweisen Deckung seiner Gesammtforderung verschiedene ihnen zustehende Ausstände im Betrage von 40,365 M. 80 Pfg. in der Meinung, daß die Cession der Forderungen auf 20,000 Mk. reduzirt werde, sobald die Hypothek auf 40,000 Mark gefertigt sei.

Am 2. Januar 1881 erhielten C. Ackermann & Cie. vom Beklagten gegen Cession einer Anzahl kleinerer unacceptirter Wechsel 3000 Fr. in baar, zugleich wurde von ihnen dem Beklagten die definitive Pfandverschreibung für 40,000 Mark eingehändigt, sodaß Schuler Anfangs Januar 1881 für seine auf 74,840 Fr. 95 Rp. ansteigende Forderung folgende Sicherheit besaß:

1.	Faustpfänder in Mannheim im Werthe von ca.	Mk. 10,000. —
2.	I. Hypothek auf den Neubau von	„ 40,000. —
3.	Guthabencessionen für	„ 22,051. 40

Anfangs Januar 1881 wünschten C. Ackermann & Cie. das in Mannheim liegende verpfändete Zwirnlager von circa 10,000 Mark zurückzuziehen, Schuler antwortete aber am 10. Januar, daß er nur gegen Zahlung von 6000 Mark darauf eingehen könne. Weil Ackermann dieses Geld nicht beschaffen konnte, regte er den Austausch des Mannheimer Zwirnlagers an, indem er bat, daß an Stelle von Zwirn Rohgarn gelegt werden dürfe, weil es unbedingt geboten sei, die erstere, fertige Waare zu verwerthen. Diese Anfrage erfolgte am 14. März 1881 und mit Brief vom 15. März erklärte sich der Beklagte mit dem Vorschlage einverstanden. Die Umwandlung fand statt; am 19. April 1881 erfolgte eine Garnsendung im Werthe von 3200 Mark nach Lindau und in der Zeit vom 6. Mai bis 30. Juni wurde der Austausch des Restlagers in Mannheim vollzogen. In einem Briefe vom 16. April 1881 bemerkte Ackermann am Schluß: „Die Bauten sind völlig vorüber und unsere Neuanlage in ganz geregeltem Betrieb.“

I. Mit Briefen vom 6. und 8. Juli verlangte der Beklagte kategorisch und zwar unter der Androhung des Einzugs der abgetretenen Guthaben eine Ratazahlung von 10,000 Mk. Dieß veranlaßte den Ackermann in der Zeit vom 8. bis 14. Juli 1881 nach Wetzikon zu kommen und hier wurde nun, wie der Brief Schulers vom 14. Juli 1881 beweist, vereinbart, daß letzterer das Mannheim-Lindauer Pfandlager realisiren dürfe und daß Ackermann ihm per September und Dezember 1881 für je weitere 5000 M. Garne als Faustpfänder liefern müsse, mit der Vollmacht, solche sofort zu verkaufen und sich aus dem Erlöse für denjenigen Betrag seiner Forderung bezahlt zu machen, welcher durch die Guthabenabtretungen gedeckt war. Am Schlusse des citirten Briefes von Schuler d. d. 14. Juli ist bemerkt: „Die Pfandgarne in Mannheim und Lindau sind scheints sämmtlich unverzollt. Ich habe die Spediteure bereits beordert, die Kistenzeichen abzuhobeln und durch E. S. zu ersetzen.“ Mit Brief vom 16. Juli baten Ackermann & Cie. den Beklagten, doch ja beim Verkauf der Lager in Mannheim und Lindau die höchstmöglichsten Preise zu erzielen, auch alle übrigen Zeichen außer den Buchstaben von den Kisten entfernen zu lassen und diese mit andern zu versehen. „Wir sehen, wie Sie wissen, sonst in diesem Verkaufe eine große Gefahr.“ Ferner versprechen Ackermann & Cie. die vereinbarten Quantitäten Garn Anfangs September und Dezember zu liefern, meinen dann aber, daß Erneuerung der Guthabenabtretungen nicht nöthig sei, weil der Lagerverkauf die Forderung Schulers auf ca. 50,000 Mk. reduzire und er für die weitern 10,000 Mk. über die Hypothek hinaus durch die Garnsendungen per September und Dezember 1881 gedeckt werde. In einem Nachsatz wird schließlich gesagt: „Für die Uebersendung der Spinnerliste sagen wir Ihnen freundlichen Dank. Hoffentlich finden wir Passendes heraus. Besonders wichtig ist es, daß Sie Guyer auf Schellenberg aufmerksam machen, damit uns dieser Bezug ermöglicht wird für die Nros. 80/100, die uns sehr schwierig sind.“

möglichsten Preise für die Faustpfänder zu erzielen, daß aber für die Nrs. 70 im günstigsten Falle 3 Fr. 80 bis 4 Fr. erlöst werden können. „Dagegen habe ich in Nro. 75 und 85 Vollzwirn und Nro. 80 Schwachzwirn stets namhafte Ordres und ersuche ich Sie daher von Schellenberg oder Guyer für bekannte 10,000 M. zu verlangen. Mit Guyer komme heute schon anläßlich einer Versammlung zusammen und werde ihn auf Schellenbergs Produkte aufmerksam machen etc.“

Am 20. Juli offerirte der Beklagte dem Kläger für mechanische Zwirnerei eine ganz besondere Qualität in Nro. 70—120 Zettel und am 23. Juli beklagten sich Ackermann & Cie. gegenüber dem Beklagten über den geringen Preis, den er für die Nr. 70 erhältlich machen zu können erkläre und fügten bei, sie können in den Nro. 80, 90, 100 für den eigenen Bedarf beinahe nicht genug kaufen, sodaß sie, wenn Guyer nun wirklich Schellenberg-Garn offerire, froh sein müssen, ihren eigenen Bedarf decken zu können, darüber hinaus (10—12,000 M. per Monat) können sie nicht gehen und seien deßhalb darauf angewiesen, ihm, dem Beklagten, die Nummern 50 u. folgd. zu liefern. Darauf antwortete Schuler, daß ihm Nr. 70 Vollzwirn von Zangger geliefert werden könne (Brief vom 26 Juli). Allein Ackermann & Cie. meinten in ihrer Antwort vom 1. August, weil auf den Nummern 70 großer Verlust in Aussicht stehe, so wollen sie es einmal riskiren, ob Guyer ihnen so großen Kredit geben wolle und bestellen deßhalb *ausser dem nothwendigen Bedarf von ca. 10,000 Mk. p: Monat* auch noch einen Werth von 5000 Mark, lieferbar Anfangs September und zwar in den von Schuler vorgeschriebenen Nr. 75 und 85 Schellenberg-Vollzwirn, hoffend, daß derselbe keine Anstände mache, sodaß die Angelegenheit rasch geordnet werden könne.

Mit Brief vom 3. August gibt der Beklagte Instruktion, wie die Guyer-Nummern (75, 80, 85, 90) vertheilt werden sollen und sagt, die Hauptsache sei, daß das Garn per Anfang September in seinen Besitz gelange. Am 4. August schreibt er ferner: Guyer habe ihm aber nur mit bedeutendem Verlust losschlagen: „Sie müssen also Guyer berichten, daß Sie nicht Halbzettel, sondern Vollzwirnzettel haben wollen, und zwar in circa folgender Proportion (folgen nun die dießbezüglichen Angaben). Sie müssen also Ihre Ordre für Guyer in dieser Weise umformen. Guyer gelangt mit Ihrem Verlangen an mich und ich an Schellenberg, mit welchem ich die Preise bereits vereinbart und fixirt habe.“

Am 9. August berichtete Ackermann: „Wir haben Guyer Ihren Auftrag für Sie abgeändert“ und am 13. August kam der Bericht Schulers: „Besteller der 2600 Kilo (Guyer) hat soeben gewünschte Umänderung vollzogen.“

K. Der Kläger lieferte an Ackermann:

		Fr. Rp.
1. Lt. Factur v.	8. August 1881 für	531. 30
2. „ „ „	15. „ „ „	1537. 70
3. „ „ „	22. „ „ „	963. 20
4. „ „ „	29. „ „ „	14060. 90
5. „ „ „	6. Septbr. „ „	2456. 30
6. „ „ „	7. „ „ „	465. 10
7. „ „ „	19. „ „ „	1413. 20
8. „ „ „	3. Oktbr. „ „	2004. 55
9. „ „ „	28. „ „ „	7173. 65
10. „ „ „	14. Novbr. „ „	2447. 80
11. „ „ „	25. „ „ „	1979. 05

Davon sind dem Beklagen *via Rorschach* direkt zugekommen:

Von den am 29. August 1881 facturirten Waaren folgende Posten:

		Fr. Rp.
416,6 Ko. Nr. 90	im Facturabetr. von	2770. 39
427,2 „ „ 80	„ „ „	2584. 58
200 „ „ 85	„ „ „	1260. —
305,70 „ „ 75	„ „ „	1222. 20
Kisten		62. 38
Die vom 6. September 1881 facturirten Waaren im Werthe von		2456. 30
	Summa	10355. 85

Alle andern Garne sind nach Heilbronn gekommen und in der Ackermann'schen Fabrikation verwendet worden.

L. Mit Brief vom 27. Oktober 1881 verlangte der Beklagte von Ackermann, daß im Laufe des kommenden Monats das Lieferungs-

geschäft pro Dezember 1881 mit Guyer abgeschlossen werde und es kam dann in der Folge zu folgenden Lieferungen des Klägers an Ackermann & Cie.:

							Fr. Rp.
Lt. Factur	vom	15. Dezbr.	1881	für			572. 45
„	„	„	6. Jenner	1882	„		1257. 60
„	„	„	10.	„	„	„	2283. 15
„	„	„	13.	„	„	„	4283. 90
„	„	„	21.	„	„	„	1264. 45
„	„	„	28.	„	„	„	602. 90

Alle diese Waaren mit Ausnahme derjenigen der letzten Factur und eines Theils der Factur vom 13. Jenner gingen von Zürich nach Rorschach und von dort wieder nach Wetzikon an den Beklagten, der sie wie die früher empfangenen verkaufte und den Erlös zu seiner Befriedigung verwendete. Er empfing hier einen Gesammtfacturawerth von 6627 Fr. 15 Rp.

M. Am 17. Februar 1882 brach der Konkurs über C. Ackermann & Cie. in Heilbronn aus und ebenso über das Merceriegeschäft Friedrich Ackermann daselbst, dessen Antheilhaber Carl Ackermann war. Der Beklagte behauptet, der Konkurs sei lediglich in Folge der Insolvenzerklärung des Papeteriefabrikanten Röser in Heilbronn erfolgt, welcher der Schwager des Carl Ackermann und des Friedrich Ackermann gewesen sei und bei dem Bankierhause A. Schmiedt in Heilbronn einen bedeutenden Kredit genossen habe. Dieses Haus habe entdeckt, daß von Röser sogenannte Kellerwechsel ausgestellt worden seien und hierauf, von dem Verdachte geleitet, daß Carl Ackermann und Friedrich Ackermann unter der gleichen Decke steken, auch diesen beiden den früher ertheilten ansehnlichen Kredit ohne Weiteres gekündet, diesen sei es dann nicht möglich gewesen, sofort neuen Kredit zu finden, sodaß sie ihre Zahlungen haben einstellen müssen.

Im Konkurs wurde vom Gläubigerausschuß die Frage geprüft, ob nicht die Rechtsgeschäfte des Beklagten mit C. Ackermann & Cie. aus dem letzten halben Jahre vor dem Konkursausbruch auf Grund der Bestimmungen der §§ 22—26 der deutschen Konkursordnung angefochten und die Auszahlung der Hypothek mit Erfolg verweigert werden könnte. Der Gläubigerausschuß fand jedoch dieß nicht thunlich und auch der Konkursverwalter sah von einer Anfechtung ab.

Der Beklagte, dessen laufende Forderung im Ackermann'schen Konkurse nur noch 28 Mark 56 Pfg. betrug, erhielt hierauf seine hypothesirte Forderung voll ausbezahlt.

N. Der Kläger hatte im Ackermann'schen Konkurs aus den vorgenannten Facturen vom 8. August 1881 bis 28. Januar 1882 45,061 Fr. 05 Rp. zu fordern und erhielt daran $53^1/_2$ % mit 24,458 Fr. 10 Rp., kam also zu Verlust mit 20,602 Fr. 95 Rp.

O. Für diesen ganzen Betrag glaubte Kläger den Beklagten verantwortlich machen zu können und er leitete deßhalb unterm *12. Dezember 1883* eine bezügliche Forderungsklage beim Friedensrichteramt Wetzikon ein und machte solche, nachdem er inzwischen von Professor Endemann in Bonn und Professor Schneider in Hottingen Rechtsgutachten eingezogen hatte, in denen sein Anspruch als ein nach allen Richtungen begründeter erklärt wird, — schließlich mit Weisung der genannten Amtsstelle vom 27. Dezbr. 1883 und Klageschrift vom 10. Juli 1884 am 11. des letztgenannten Monats *beim Handelsgericht des Kantons Zürich* anhängig. Dieses wies aber die Klage mit Beschluß vom *22. August 1884 wegen Inkompetenz* von der Hand und eine gegen diesen Entscheid erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde mit Beschluß des Kassationsgerichtes vom *17. Dezember 1884* abgewiesen.

P. Nun entschloß sich Kläger, den nämlichen Anspruch vor den gewöhnlichen Gerichten geltend zu machen, er leitete indeß die bezügliche Klage erst am *15. April 1886* beim Friedensrichteramt Wetzikon ein und am 24. April ist sodann die Weisung dem Bezirksgericht Hinweil eingereicht worden.

Der Klage liegen die angeführten thatsächlichen Verhältnisse zu Grunde und in rechtlicher Beziehung leitet der Kläger die Haftpflicht des Beklagten für den ihm erwachsenen Schaden zunächst aus einer angeblich strafbaren Handlung desselben ab (§ 1827 u. folgd. des P.-R. G.-B.). Als solche bezeichnet er vor Allem Betrug und dieses Verbrechen soll darin liegen, daß Schuler, in der

Absicht, sich einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, das Vermögen Guyers in dem eingeklagten Betrage geschädigt habe dadurch, daß er denselben durch wissentliches Unterdrücken der wahren Thatsachen, daß Ackermann insolvent, von ihm aufs Höchste bedrängt sei, die vom Kläger gelieferten Waaren nicht in dessen Fabrik oder Lager gebracht, sondern schon auf der Reise angehalten, und unter dem Ankaufspreis an den Beklagten behufs seiner Deckung überlassen werden, — in den Irrthum versetzt, Ackermann sei solvent, die demselben gelieferten Waaren haben als Rohstoff für dessen Fabrikation zu dienen und sollen von ihm verarbeitet und nutzbringend gemacht werden, — und solchen dadurch veranlaßt habe, dem Ackermann zu kreditiren. Wenn auch Schuler mit seiner dolosen Handlung nicht direkt gegenüber dem Kläger aufgetreten, sondern die den Letztern schädigenden Handlungen von Ackermann vorgenommen worden seien, so folge daraus nur, daß derselbe zwar nicht als physischer Thäter, wohl aber als Anstifter verantwortlich sei. Als weitere strafbare Handlung wird sodann noch betrüglicher Bankerott im Sinne des § 211 der Konkursordnung für das deutsche Reich beziehungsweise Anstiftung zu solchem durch den Beklagten geltend gemacht.

In zweiter Linie wird als Rechtstitel die actio doli genannt, weil Schuler mit dem klarsten Bewußtsein, daß Kläger dadurch geschädigt werde, die nöthigen Vorkehrungen getroffen habe, damit Guyer sich des Eigenthums an gewissen Waaren entäußere gegen Erwerb laufender Forderungen auf einen insolventen Schuldner, Alles zu dem Zwecke, sich selbst aus dem übertragenen Eigenthum bezahlt zu machen (§ 1832 des P.-R. G.-B.).

Endlich wird als dritter Rechtstitel citirt das deutsche Reichsgesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens d. d. 21. Juli 1879. Weil die Einräumung der Pfandlager in Mannheim und Lindau, die Bestellung der Hypothek auf die Neuanlage und die Uebergabe der von Guyer gekauften Waaren zu Faustpfand mit Einräumung der Verkaufsbefugniß alles Rechtshandlungen seien, die Ackermann in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen habe und weil bei Schuler die Kenntniß dieser Absicht vorhanden gewesen sei, so können dieselben auf Grund des erwähnten Reichsgesetzes vom Kläger als einem zu Verlust gekommenen Gläubiger angefochten werden, in dem Sinne, daß Beklagter verpflichtet sei, von demjenigen, was er zufolge jener Rechtsgeschäfte aus dem Vermögen Ackermanns empfangen habe, so viel an den Kläger herauszugeben, als zu seiner Befriedigung erforderlich sei.

Q. Mit Urtheil vom 31. Dezember 1886 hieß das Bezirksgericht die Klage im vollen Umfange gut, legte die Kosten dem Beklagten auf und verpflichtete ihn zur Bezahlung einer Prozeßentschädigung von 100 Fr. an den Kläger.

R. Gegen dieses Urtheil erklärte der Beklagte die Appellation und es stellte sein Vertreter in der Appellationsverhandlung vom 11. Juni den Antrag auf Brgründeterklärung der Berufung und gänzliche Abweisung der Klage unter Kostens- und Entschädigungsfolge für den Kläger, eventuell wolle das Gericht die eingeklagte Eorderung nur im Betrage von 7630 Fr. gutheißen und Zinsen nur von der Urtheilsfällung an zusprechen. Soweit der Klaganspruch aus unerlaubter Handlung abgeleitet wurde, stellte der appellantische Vertreter die Einrede der Verjährung auf Grund von Art. 69 des O.-R.

S. Der Vertreter des Klägers und Appellaten bat um Verwerfung der Appellation und Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils in allen seinen Theilen unter Kostensfolge und Entschädigung für den Gegner. Bezüglich der Verjährungseinrede bat derselbe um Gewährung einer Frist, innerhalb welcher er sich über die der Einrede zu Grunde gelegten Thatsachen näher aussprechen und allfällige Unterbrechungsgründe geltend machen könne.

Diese Frist wurde dem Kläger eingeräumt und sein Vertreter machte sodann mit Eingabe vom 24. Juni geltend:

1. Der Beklagte müsse, wie Professor Dr. Schneider in einem Nachtragsgutachten vom 23. Juni nachweise, um sich auf die einjäh-

rige Verährungsfrist von Abs. 1 des Art. 69 des O.-R. berufen zu können, den Beweis erbringen, daß ihm eine strafbare Handlung nicht zur Last falle, denn so lange der aus einer unerlaubten Handlung Belangte diesen Beweis zu führen nicht im Stande sei, könne er eine Verjährungseinrede nur auf den zweiten Theil der genannten Gesetzesstelle stützen. Daß ihm weder Anstiftung zu Betrug noch betrüglichem Bankerott zur Last falle, habe nun Schuler nicht gezeigt und deßhalb können nur die Verjährungsfristen des Strafrechts zur Anwendung kommen, in diesem Falle aber sei Verjährung überall nicht eingetreten.

2. Eventuell dürfe die einjährige Verjährungsfrist des Art. 69 Absatz 1 des O.-R. erst vom 19. Dezember 1885 an berechnet werden, weil es dem Kläger erst an diesem Tage möglich gewesen sei, sich in den Besitz der Privatkopirbücher Ackermanns zu setzen und er deßhalb auch erst von da an Kenntniß erhalten habe von den auch heute noch nicht bei den Akten liegenden, auf pag. 6 des Schneiderschen Gutachtens speziell angeführten Briefen Ackermanns an Schuler. Nach dem Schicksal, das die Klage der Herren Müller, Staub und Cons. gegen Schuler gehabt und nachdem Guyer selbst zweimal, d. h. vom Handels- und Kassationsgericht unverrichteter Dinge heimgeschickt worden, sei er begreiflicher Weise äußerst vorsichtig geworden und habe einen erneuerten Klagangriff erst unternehmen dürfen, nachdem er auch im Besitze des letzten Belegestückes gewesen sei.

Heute hat die Schlußberathung stattgefunden.

Entscheidungsgründe:

1. Der Kläger leitet seinen Forderungsanspruch gegenüber dem Beklagten aus drei verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten ab. Zunächst macht er als Forderungstitel eine strafbare Handlung des Beklagten geltend, eventuell stützt er seinen Anspruch auf einen angeblich dem letztern zur Last fallenden civilrechtlichen Dolus (§ 1832 des P.R. G.-B.) und in dritter Linie nimmt er den Standpunkt ein, daß alle zwischen Ackermann & Cie. einer- und dem Beklagten anderseits zu Stande gekommenen Deckungsgeschäfte (Verpfändung des Garnlagers in Mannheim und Lindau, Bestellung einer Hypothek auf den Neubau in Heilbronn und Lieferung von Garnen behufs Verkauf und Deckung aus deren Erlös im September und Dezember 1881) von ihm als fraudulöse Rechtshandlungen mit der Wirkung angefochten werden können, daß der Beklagte Alles dasjenige, was er in Folge jener Handlungen aus dem Vermögen Ackermanns empfangen habe bis auf denjenigen Betrag seiner Forderung, mit welchem er im Ackermannischen Konkurse zu Verlust gekommen ist, an ihn herauszugeben verpflichtet sei. Es ist demnach zu untersuchen, ob einer dieser verschiedenen Gesichtspunkte zur gänzlichen oder theilweisen Gutheißung der Klage führe oder nicht, beziehungsweise ob die Voraussetzungen eines der damit geltend gemachten Rechtstitels zutreffen und ob dem Beklagten eventuell nicht befreiende Einreden zur Seite stehen.

2. Der Satz des römischen Rechts, daß die in zweiter Linie geltend gemachte actio doli nur subsidiären Charakter habe, also bloß dann angehoben werden könne, wenn der Kläger sich nicht durch eine andere Klage Schadenersatz zu verschaffen im Stande sei, ist, wie Schneider richtig sagt, dem zürcherischen Rechte fremd. Der Kläger hätte also diesen Rechtstitel ohne Bedenken an die Spitze stellen können und es wäre dieß um so richtiger gewesen, als die Voraussetzungen der actio doli viel weniger weit gehende sind als diejenigen des in erster Linie geltend gemachten Titels einer strafbaren Handlung und im Falle ihres Vorhandenseins dennoch zum gleichen Ziele führen müssen. Wenn nun aber der Kläger trotzdem zunächst den Titel einer strafbaren Handlung angerufen hat, so kann der Richter dennoch, geleitet von der erwähnten Betrachtung in erster Linie zur Prüfung der actio doli schreiten in der Meinung, daß wenn schon diese zur Gutheißung der Klage führt, auf die andern Titel nicht weiter einzutreten ist.

3. Bevor nun aber zur Untersuchung der Frage übergegangen wird, ob die materiellen

Voraussetzungen der actio doli vorhanden sind oder nicht, ist auf die vom Beklagten in der Appellationsverhandlung dieser Klage gegenüber gestellte Einrede der Verjährung einzutreten, zumal im Falle der Begründetheit derselben das Materielle natürlich nicht weiter in Frage kommt, Nach § 676 in Verbindung mit § 337 Ziff. 2 des Rechtspflegegesetzes können auch vor II. Instanz neue Einreden insofern noch geltend gemacht werden, als sich deren Richtigkeit ohne ein weiteres Beweisverfahren aus den Prozeßakten ergibt und es ist demnach die gestellte Einrede lediglich auf Grund der vorliegenden Akten zu untersuchen und dürfen ihretwegen keine Beweiserhebungen stattfinden, was natürlich den Sinn hat, daß wenn solche, um deren Begründetheit festzustellen, nöthig wären, dieser Umstand einfach die Verwerfung der Einrede, weil aus den einzig maßgebenden vorliegenden Akten nicht erweisbar, zur Folge haben müßte.

4. Eine Prüfung der vorliegenden Akten ergibt nun aber die Begründetheit der Einrede. Es handelt sich hier um einen allgemeinen obligationenrechtlichen Erlöschungsgrund, beziehungsweise um die Frage des Unterganges einer Forderung aus einem solchen Grunde, nach Art. 882 Absatz 3 des O.-R. aber ist der Untergang von Forderungen aus solchen Erlöschungsgründen auch dann nach dem neuen Recht zu entscheiden, wenn die Forderungen, wie hier, schon vor seinem Inkraftreten entstanden sind. Eine Ausnahme findet nur bezüglich solcher Forderungen statt, deren Regelung dem kantonalen Rechte vorbehalten ist (Art. 146 des O.-R.) und mit einem derartigen Anspruch haben wir es hier nicht zu thun, weil die Haftung aus allen unerlaubten Handlungen, also auch diejenige aus widerrechtlicher und doloser Schadenszufügung (actio doli) seit dem 1. Januar 1883 vom Bundesgesetz über das Obligationenrecht normirt wird, also der § 1882 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, aus dem hier geklagt wird, durch die Art. 50 u. folg. des Obligationenrechtes aufgehoben ist. Mit Bezug auf die Berechnung der Verjährungsfristen bei Forderungen, welche noch unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind, kommt speziell der Art. 883 des O.-R. zur Anwendung und nach diesem fangen Verjährungsfristen des neuen Rechts, die kürzer als 5 Jahre sind, unter allen Umständen erst mit dem 1. Januar 1883 zu laufen an, d. h. es kommt der unter dem alten Recht abgelaufene Zeitraum bei Berechnung der Verjährungsfrist nach dem neuen Recht nicht in Anrechnung. Nun setzt der Art. 69 des O.-R., nach welchem die Frage der Verjährung gemäß den obigen Ausführungen zu beurtheilen ist, für Schadensersatzforderungen aus unerlaubten, jedoch nicht strafbaren Handlungen bloß eine einjährige Verjährungsfrist fest und konnte diese also nach dem Gesagten frühestens am 1. Januar 1883 zu laufen beginnen. Indeß hat sie in Wirklichkeit damals noch nicht begonnen, weil der Beginn dieser Frist erst mit dem Tage eintritt, an welchem der Geschädigte Kenntniß von der Schädigung und der Person des Thäters erlangt hat, beim Kläger aber diese doppelte Kenntniß erst später eingetreten ist. Die Frage, wann dieß geschehen sei, ist zunächst der Prüfung zu unterwerfen. In dieser Richtung steht nun soviel absolut fest, daß Kläger sowohl die Schädigung als die Person des Thäters am 12. Dezember 1883 gekannt hat, denn an diesem Tage hat er bezüglich des nämlichen Anspruches, um den es sich gegenwärtig handelt und auf Grund der durchaus gleichen thatsächlichen und rechtlichen Begründung beim Friedensrichteramt Wetzikon gegen den Beklagten Klage eingeleitet, eine Annahme, deren Richtigkeit sich aus dem Competenz-Entscheid des Handelsgerichtes in Sachen der heutigen Parteien vom 22. August 1884, abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. III pag. 252 Fact. B. und im Gutachten des Herrn Professor Schneider pag. 49 u. folgd. ergibt. Hienach ist davon auszugehen, daß die einjährige Verjährungsfrist des Art. 69 am 12. Dezember 1883 zu laufen begonnen hat, falls dieser Beginn nicht durch einen der in Art. 153 des Oblig.-R. genannten Gründe oder in Folge gleichzeitiger Unterbrechung (Art. 154) gehindert war und daß dieselbe am 12. Dezember 1884

abgelaufen ist, falls nicht inzwischen ein Stillstands- oder Unterbrechungsgrund eingetreten ist. Verhältnisse im Sinne von Art. 153 des O.-R. lagen weder am 12. Dezember 1883 noch in irgend einem spätern Zeitpunkt vor, dagegen ist, — wie bereits erwähnt, — am letztgenannten Tage bezüglich der streitigen Ansprüche Klage beim Friedensrichteramt angehoben worden und es entsteht daher die Frage, ob diese Klageanhebung eine Unterbrechung der Verjährung zur Folge gehabt habe. Sie ist zu verneinen, weil jene Klaganstellung zur Klageinleitung *beim Handelsgericht* geführt hat, dieses zur Beurtheilung des geltend gemachten Anspruches nicht competent war und demgemäß die Klage wegen Incompetenz zurückgewiesen hat (siehe den citirten Entscheid vom 22. August 1884), nach Art. 158 des O.-R. aber der beim incompetenten Richter erfolgten Klaganstellung principiell keine die Verjährung unterbrechende Wirkung zukommt. Immerhin ist auch eine solche beim incompetenten Richter angestellte Klage für die Frage der Verjährung nicht ohne alle Bedeutung, denn nach dem Art. 158 des O.-R. kommt ihr wenigstens die Wirkung zu, daß der Ablauf der Verjährungsfrist *während der Pendenz des Prozesses beim incompetenten Richter* die Verwirkung des Anspruches nicht zur Folge hat, sondern dem Kläger in diesem Falle vom Moment der Klagerückweisung an noch eine 60tägige Frist zur Geltendmachung seines Anspruches offen steht, allein dieser Vergünstigung bedarf der heutige Kläger gar nicht, weil die mit dem 12. Dezember 1883 begonnene einjährige Verjährungsfrist während der Pendenz des Prozesses beim Handelsgericht nicht abgelaufen ist, sondern über die am 22. August 1884 erfolgte Klagerückweisung hinaus und zwar bis zum 12. Dezember 1884, also noch mehr als 60 Tage gedauert hat, sodaß die gegenwärtige Klage sogar bis zum letzten Zeitpunkt noch früh genug eingereicht worden wäre, bis dahin hätte die Klageinleitung aber allerdings stattfinden sollen und weil dies nicht geschehen, so ist die Verjährung der reinen actio doli mit dem genannten Tage (12. Dezember 1884) eingetreten. Der Kläger hat gegen den handelsgerichtlichen Incompetenzbeschluß Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht, ist aber mit Entscheidung des Kassationsgerichtes vom 17. Dezember 1884 abgewiesen worden und es könnte nun die Frage auftreten, ob die Anhängigmachung der Klage beim incompetenten Handelsgericht nicht erst als mit der kassationsgerichtlichen Entscheidung definitiv zurückgewiesen zu betrachten sei, sie wäre aber entschieden zu verneinen, weil sich die letztere durchaus nicht als oberinstanzliche Bestätigung der handelsgerichtlichen Entscheidung darstellt, sondern diese im Gegentheil als mit ihrer Ausfällung rechtskräftig geworden erklärt. Sei dem aber wie ihm wolle, so ist zu beachten, daß der Beschluß des Kassationsgerichtes vom 17. Dezember 1884 datirt, und deßhalb die Klage jedenfalls bis zum 17. Februar 1885, dem Zeitpunkt, mit welchem die 60 Tage des Art. 158 des O.-R. abgelaufen waren, hätte eingeleitet werden sollen, jedoch viel später. nämlich erst am 15. April 1886 eingeleitet worden ist. Das letztere Datum zeigt, daß Verjährung sogar dann eingetreten wäre, wenn man davon ausgehen würde, es wäre dieselbe durch die Einleitung der Klage beim Handelsgericht unterbrochen geblieben, denn in diesem Falle hätte die einjährige Verjährungsfrist mit dem 17. Dezember 1884 begonnen und wäre am 17. Dezbr. 1885 abgelaufen, währenddem die heutige Klage erst am 15. April 1886 eingeleitet worden ist.

5. In einem vom Kläger erst nach der Appellationsverhandlung beigebrachten Gutachten des Herrn Professor Schneider wird die Ansicht ausgesprochen, daß wenn der Beklagte die Verjährungsfrist von Absatz 1 des Art. 69 in Anspruch nehmen wolle, er zu beweisen habe, daß ihm eine strafbare Handlung nicht zur Last falle, weil das Nichtvorhandensein einer solchen Handlung die Voraussetzung für Anwendbarkeit jener kurzen Verjährungsfrist bilde. Diese Ansicht muß aber als eine entschieden irrthümliche bezeichnet werden. Bezüglich der Verjährung civilrechtlicher Ansprüche aus unerlaubten Handlungen unterscheidet der Artikel 69 zwischen den Fällen, in denen eine bloß civilrechtlich unerlaubte Handlung und denjenigen, in welchen eine strafrechtlich uner-

laubte Handlung geltend gemacht wird in dem Sinne, daß, soweit der Anspruch bloß aus einer civilrechtlieh unerlaubten Handlung abgeleitet wird, derselbe innerhalb Jahresfrist vom Momente an, an welchem der Geschädigte Kenntniß von der Schädigung und der Person des Thäters erlangt hat, verjährt, soweit er aber aus einer *strafrechtlich* unerlaubten Handlung abgeleitet wird, die Verjährung erst mit dem Ablauf der vom Strafrecht für diese Handlung vorgesehenen Frist eintritt und daraus folgt, daß sobald die Einrede der Verjährung einem Anspruch aus unerlaubter Handlung opponirt wird, derselbe als verjährt betrachtet werden muß, soweit nur die civilrechtliche Unerlaubtheit der Handlung in Frage kommt, nach Ablauf des Jahres im Sinne von Absatz 1 des Art. 69, soweit dagegen die strafrechtliche Unerlaubtheit derselben in Frage kommt, erst nach Ablauf der Verjährungsfrist des Strafrechts. Gewiß genügt der Dolus überhaupt zur Begründung des Civilanspruches, aber nur so lange keine Verjährungseinrede geltend gemacht und das Verjährungsjahr von Absatz 1 des Art. 69 nicht abgelaufen ist, andernfalls genügt der allgemeine Dolus nicht mehr, sondern ist ein strafrechtlicher Dolus erforderlich. Wenn man von allgemeinem Dolus spricht, so kann man darunter nicht eine besondere Art Dolus, sondern nur eine Collectivbezeichnung für civilrechtlichen und strafrechtlichen Dolus verstehen und daraus würde folgen, daß, soweit man sich nur auf Dolus überhaupt beruft, beide Arten geltend gemacht sind, allein damit ist nichts gewonnen, weil der Art. 69 für jede der beiden Arten eine spezielle Verjährungsfrist festsetzt und aus diesem Grunde immer gesagt werden muß, daß, soweit bloß civilrechtlicher Dolus in Frage kommt, der Absatz 1 und soweit strafrechtlicher Dolus in Frage kommt, der Absatz 2 des Art. 69 seine Anwendung findet. Es ginge aber auch nicht an, in der Geltendmachung von Dolus überhaupt die Geltendmachung beider Arten zu erblicken, denn die Thatbestände sind verschieden, es muß der Thatbestand vorgebracht werden, aus dem civilrechtlicher Dolus abgeleitet wird, und wenn dieser nicht genügt, auch derjenige, aus welchem strafrechtlicher Dolus abgeleitet wird; wird nur der erstere geltend gemacht, so kommt bezüglich der Verjährung einfach und allein Absatz 1 des Art. 69 zur Anwendung, wird dagegen die Klage auf beide Thatbestände gestützt, so kommt eben bezüglich des einen Absatz 1 und bezüglich des andern Absatz 2 zur Anwendung und daraus folgt von selbst, daß die Einrede der Verjährung gegenüber beiden eine selbständige ist und dieselbe folglich, soweit sie gegen den Anspruch aus dem einen Thatbestand geltend gemacht wird, auch nur auf die Voraussetzungen zu stützen ist, welche das Gesetz für die Verjährung des Anspruches aus diesem Thatbestand verlangt. Nun verlangt aber der Art. 69 für die Verjährung des Anspruches aus einer bloß civilrechtlich unerlaubten Handlung nur den Nachweis, daß die Klage innerhalb Jahresfrist, von dem mehrgenannten Zeitpunkt an nicht eingereicht worden sei und dieser ist geleistet. Das Nichtvorhandensein einer strafbaren Handlung ist nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 69 Absatz *1*, sondern bloß, daß der Anspruch *auch* aus einer civilrechtlich unerlaubten Handlung abgeleitet wird; sobald und soweit dieß geschieht, muß die Verjährungsbestimmung des Absatz 1 zur Anwendung kommen und hat somit der Beklagte, um sich auf diese Bestimmung berufen zu können, überall nicht zu beweisen, daß er sich keiner strafbaren Handlung schuldig gemacht habe.

6. Endlich hat der klägerische Vertreter in seiner Nachtragseingabe geltend gemacht, daß die einjährige Verjährungsfrist des Art. 69 deßwegen erst vom 19. Dezember 1885 an berechnet werden dürfe, weil es seinem Clienten erst an diesem Tage möglich geworden sei, sich den Besitz derjenigen Copirbücher Ackermanns zu verschaffen, welche die von dem letztern in der kritischen Periode an Schuler geschriebenen Briefe enthalten, allein es ist ganz selbsverständlich, daß diese Auffassung nur dann richtig wäre, wenn Kläger zu behaupten vermöchte, daß erst der Besitz jener Copirbücher bezw. deren Einsicht und Studium ihm die sichere Kenntniß von der Schädigung und der Person des

Thäters verschafft habe, eine solche Behauptung stellt er aber nicht einmal bestimmt auf, und sodann müßte dieselbe auch sofort als durch die Akten widerlegt erklärt werden. Die Correspondenz Schuler-Ackermann und Ackermann-Schuler aus der in Frage kommenden Periode lag in der Hauptsache, d. h. so vollständig als sie heute vorliegt, schon bei den frühern handelsgerichtlichen Akten und war von daher dem klägerischen Vertreter bekannt, den wesentlichen Inhalt derselben hat sein Client natürlich längst von ihm erfahren. Im handelsgerichtlichen Urtheil ist derselbe sozusagen von Brief zu Brief besprochen und dieses Urtheil in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen unterm Datum vom 1. November 1883 abgedruckt. Am 12. Dezember 1883 machte Kläger den heute streitigen Anspruch zum ersten Mal beim Friedensrichteramt Wetzikon geltend und damals muß er von der gesammten heute vorliegenden Correspondenz Kenntniß gehabt haben. Dieß geht auch daraus hervor, daß das Gutachten Endemanns vom 8. April 1884 datirt und letzterer nach Inhalt desselben das frühere handelsgerichtliche Urtheil, die Parteischriften und Correspondenzen besessen und vom Kläger erhalten hat. Auch Professor Schneider besaß alle heute vorliegenden Correspondenzen, sein Gutachten datirt vom 24. Juni 1884 und am 10. Juli d. J. erfolgte die Einleitung des heutigen Prozesses beim Handelsgericht. Wäre nun Kläger am 12. Dezember 1883 nicht der Ansicht gewesen, daß der Beklagte ihm für den erlittenen Schaden aufzukommen habe, d. h. hätte er aus dem ihm damals bekannten Material nicht die Ueberzeugung geschöpft, daß ihm derselde aus Dolus hafte, so würde er natürlich die Klage nicht eingeleitet haben. Ueber alle Zweifel erhaben aber ist gewiß die Annahme, daß er diese Ueberzeugung am 10. Juli 1884 bei Ueberleitung der Klage ans Handelsgericht hatte, wenn man berücksichtigt, daß diese Ueberleitung auf Grund der beiden Rechtsgutachten erfolgt ist, wenn man aber das Verjährungsjahr auch nur von da an rechnet, so ist eben die Verjährung eingetreten. Es ist natürlich keine Rede davon, daß die Rückweisung der Klage durch das Handelsgericht und der Entscheid des Kassationsgerichtes den Kläger in seiner Ueberzeugung von der Verantwortlichkeit des Beklagten für den fraglichen Schaden zu erschüttern geeignet gewesen seien. Eine solche Wirkung konnten jene Entscheide aus dem einfachen Grunde nicht äußern, weil sie das Materielle der Sache vollständig unberührt gelassen haben. Es ist also ganz offensichtlich unrichtig, wenn Kläger nun auf einmal geltend machen will, er habe, um dem Beklagten mit Ueberzeugung einen mit dem erlittenen Schaden im Causalzusammenhang stehenden Dolus vorwerfen zu können, der Completirung der Akten, namentlich der Copierbücher Ackermanns bedurft. Es kann sich nur um die im Schneiderschen Gutachten als fehlend bezeichneten Briefe handeln. Von diesen liegen drei wirklich vor und von den andern ist gewiß, daß deren Abwesenheit für die Frage, wann Kläger die Kenntniß im Sinne von Art. 69 Abs. 2 erhalten hat, unerheblich ist, ja noch mehr, es darf mit aller Ruhe angenommen werden, daß dieselben etwas nicht bereits aus den Akten Ersichtlichtes gar nicht enthalten; das ergibt sich einmal aus denjenigen bei den Akten liegenden Briefen, in denen auf jene Bezug genommen ist und sodann gewiß auch aus dem Umstand, daß der Kläger die Copierbücher andernfalls längst zu den Akten gebracht hätte. Einer Auflage bedurfte es dazu überall nicht, sondern er war verpflichtet, alle in seinem Besitze befindlichen Urkunden, auf die er sich berufen wollte, ohne Auflage vorzulegen.

7. Nach diesen Ausführungen fällt der eine Titel, auf den die Klage basirt wird, weg, und ist deßhalb auf die übrigen zwei einzutreten sofern nicht wenigstens schon der eine zur Gutheißung der Klage führt. Nachdem oben von der actio doli gehandelt worden ist, wird es sich empfehlen, im Anschluß daran zunächst auf den verwandten Titel der Haftung aus strafbarer Handlung einzutreten. Es scheint, daß der Beklagte dem Klaganspruch, auch soweit er aus diesem Titel abgeleitet wird, die Einrede der Verjährung entgegenhalten will, allein hier geschieht dieß mit Unrecht, weil Art. 69 Abs. 2 des O.-R.

vorschreibt, daß für Civilansprüche aus einer strafbaren Handlung die längere Verjährungsfrist des Strafrechts gelte, diese nach § 52 des zürcherischen St.-G.-B. bei Verbrechen, die von Staats wegen verfolgt werden, — und um solche handelt es sich nach der Klagebegründung in concreto, — allermindestens 5 Jahre vom Tage der begangenen That an beträgt, diese 5 Jahre aber am 15. April 1886 noch nicht abgelaufen waren, weil die strafbare Handlung ihre Vollendung frühestens gegen Ende 1881 erreicht hat. Uebrigens soll der Beklagte sich hauptsächlich des Betruges und zwar im Betrage von über 20,000 Frkn. schuldig gemacht haben, sodaß die Verjährungsfrist mindestens 15 Jahre betragen würde (siehe § 152 lit. b und § 185 des St.-G.-B.). Auch der betrügliche Bankerott, von dem nebenbei gesprochen wird, verjährt erst in 15 Jahren (§ 152 lit. b und § 192).

8. Ist hienach die Einrede der Verjährung bezüglich dieses Klagegrundes unbegründet, so muß untersucht werden, ob derselbe materiell begründet sei oder nicht, denn daß eine kriminelle Verfolgung des Beklagten bis jetzt nicht stattgefunden hat, kann daran nicht hindern, weil der Civilrichter, soweit aus einer strafbaren Handlung privatrechtliche Ansprüche abgeleitet werden, durchaus frei darüber entscheiden kann, ob eine solche Handlung vorliege oder nicht, also weder eines Strafurtheils bedarf, um das Vorhandensein einer solchen annehmen zu können, noch durch eine vorliegende Freisprechung daran gehindert ist. Zunächst und vor allem aus wird dem Beklagten Betrug vorgeworfen, d. h. geltend gemacht, er habe den vom Kläger auf den Garnlieferungen an Ackermann erlittenen Verlust durch betrügerische Handlungen verursacht. Um diese Behauptung auf ihre Richtigkeit prüfen zu können, wird man sich zunächst fragen müssen, worin die Ursache des vom Kläger auf seinen Garnlieferungen an Ackermann erlittenen Verlustes zu suchen sei, um sodann, nachdem diese gefunden ist, weiter zu untersuchen, ob der Beklagte dieselbe und damit auch den daraus erwachsenen Schaden dadurch ins Leben gerufen habe, daß er, um sich oder dem Ackermann oder beiden zusammen einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, durch wissentliches Vorbringen falscher oder durch Entstellen oder Unterdrücken wahrer Thatsachen beim Kläger einen Irrthum erregt oder unterhalten habe (§ 182 des St.-G.-B.), denn nur wenn dieser letzterwähnte Thatbestand vorliegt, kann von Betrug gesprochen werden. Was nun zunächst die Frage nach der Ursache des vom Kläger erlittenen Verlustes betrifft, so liegt dieselbe in letzter Linie in der Insolvenz Ackermanns, allein diese hätte den Kläger nicht schädigen können, wenn er mit Ackermann nicht in Verkehr getreten, nicht sein Garnlieferant geworden wäre, und daraus folgt, daß die beiden Umstände, der Geschäftsverkehr Guyer-Ackermann und die Insolvenz Ackermanns den Verlust des Klägers herbeigeführt haben, die Ursache derselben also in der *combinirten* Thatsache der Garnlieferungen an einen insolventen Schuldner gefunden werden muß. Nach der obigen Andeutung ist demnach zu untersuchen, ob der Kläger zu denjenigen Garnlieferungen an den insolventen Ackermann, auf denen der eingeklagte Verlust entstanden ist, durch den Beklagten verleitet worden und ob dieß auf dem Wege der Erregung oder Unterhaltung eines Irrthums beim Kläger durch wissentliches Verbringen falscher oder Unterdrücken wahrer Thatsachen und in der Absicht, sich oder Ackermann oder beiden einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, geschehen sei.

9. Der Kläger behauptet das letztere, erblickt aber in der Person des Beklagten zunächst nicht den physischen Urheber des Betruges, sondern bezeichnet als solchen den Ackermann und theilt jenem die Rolle des Anstifters zu, macht also mit andern Worten in erster Linie geltend, daß Ackermann den verlustbringenden Verkehr durch Irrthumserregung auf dem mehrgenannten Wege und mit der bezeichneten Absicht thatsächlich veranlaßt, vom Beklagten aber zu dieser That angestiftet worden sei und dieser somit als, Miturheber, speziell Anstifter für den gestifteten Schaden aufzukommen habe. Nun ist aber der I. Theil dieser Construktion entschieden nicht richtig, d. h. Ackermann hat den Geschäftsverkehr mit Guyer nicht in be-

trügerischer Absicht, nicht zu dem Zwecke, — und darin allein könnte die letztere gefunden werden, — um sich oder dem Beklagten oder beiden zusammen auf Kosten des Klägers, also widerrechtlich einen Vortheil zu verschaffen, veranlaßt und unterhalten bezw. fortgesetzt; muß aber davon ausgegangen werden, so kann er nicht als physischer Thäter einer Betrugshandlung erklärt werden und dann fällt auch die Miturheberschaft des Beklagten dahin, weil eine Urheberschaft durch Anstiftung nicht denkbar ist, wo keine Thäterschaft vorliegt. Unterstellt einmal, der Beklagte habe wirklich den Betrugsdolus gefaßt und sich zur Realisirung desselben des Ackermann bedient, so ist dieser doch nur dann physischer Thäter der Betrugshandlung geworden, wenn er die betrügerische Absicht des Beklagten erkannt, zu der seinigen gemacht und in Ausführung derselben gehandelt hat, trifft diese Voraussetzung dagegen nicht zu, so kann er nicht als Angestifteter und nicht als Thäter des Betruges betrachtet werden, sondern in diesem Falle erscheint er bloß als das willenlose Werkzeug Schulers und würde dann der letztere nicht als Anstifter, sondern selbst als Thäter und zwar als Alleinurheber erscheinen. Daß nun dem Ackermann der Betrugsdolus fehlte, ist leicht nachzuweisen. Derselbe könnte nur dann als vorhanden angenommen werden, wenn Ackermann, als er den Kläger veranlaßte, ihm Waaren auf Kredit zu verkaufen und namentlich damals, als er ihn veranlaßte, die unbezahlt gebliebenen Waaren zu liefern, seinen nahen Konkurs als unvermeidliche Thatsache und damit auch den Verlust des Klägers als sicher eintretend, vorausgesehen hätte, denn dann, aber auch nur dann könnte davon gesprochen werden, daß er die eingetretene Schädigung gewollt, daß es ihm, als er den Verkehr mit dem Kläger anknüpfte und unterhielt, lediglich darum zu thun gewesen sei, sich oder Schuler oder beide auf Kosten desselben zu bereichern. Ist er aber bei Anknüpfung und im Laufe des Verkehrs mit Guyer der bestimmten Hoffnung und Ueberzeugung gewesen, daß ihm seine Rettung noch gelingen werde und hat er aus diesem und nur aus diesem Grunde den Geschäftsbetrieb fortgesetzt, so kann unmöglich von einer betrügerischen, d. h. dahin zielenden Absicht gesprochen werden, durch jene Waarenbezüge auf Kredit sich oder dem Beklagten einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen und nun liegen durchaus nicht genügende Gründe dafür vor, um anzunehmen, Ackermann habe seine Position in der Zeit vom Oktober 1880 bis Dezember 1881 jemals als eine unrettbar verlorene betrachtet. Gewiß ist anzuerkennen, daß dieselbe eine im höchsten Grade gefährdete war, so gefährdet, daß sie bei jedem Ruchbarwerden zusammenbrechen mußte, allein wenn man auch noch annehmen wollte, daß der *Beklagte* dieselbe als unrettbar angesehen habe, so kann das gleiche doch entschieden von Ackermann nicht gesagt werden. Gemäß dem am 7. März 1880 gegebenen Versprechen hatte er bis Ende Juni gl. Js. an das Guthaben Schulers drei Accepte im Gesammtbetrag von 21,689 Fr. 55 eingelöst, dann konnte er allerdings die per Juli und August 1880 verfallenen Beträge nicht einlösen, aber am 10. August schrieb er dem Beklagten, die Gründe dieses Unvermögens seien so klar, daß sie ihm einleuchten müssen, bittet keine Schritte zu thun, um die Position unmöglich zu machen und versichert Schuler, daß wenn er weiter helfe, sein Guthaben mit Heller und Pfenning zurückbezahlt werde. Mit der Neuanlage, die das rettende Mittel werden sollte, ging es vorwärts, die Nachfrage war groß und das Fatale nur das, daß ihr nicht genügt werden konnte, gerade dieser Nachtheil aber sollte schwinden mit der Inbetriebsetzung dieser Neuanlage. Welchen Glauben der Beklagte den Versicherungen Ackermanns schenkte, kann hier unerörtert bleiben, denn selbst wenn man davon ausgeht, er habe die Position desselben für unrettbar gehalten und diese Auffassung sei jenem erkennbar geworden, so ist damit noch nicht gesagt, daß er dieselbe theilte.

(Schluß folgt.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. September 1887. VI. Band. № 16.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
der
Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes
vom 28. Juni 1887
in Sachen
des *Fridolin Schuler-Schmied* von Glarus, Inhaber einer Baumwollspinnerei im Grundthal-Wetzikon, Beklagten und Appellanten,
gegen
J. R. Guyer in Zürich, Kläger und Appellat
betr. Forderung aus unerlaubten Handlungen.
(Schluss.)

Nachdem Schuler, Sohn, im Oktober 1880 in Heilbronn gewesen, um die Grundzüge der Hypothekenbestellung festzusetzen, begann der Verkehr Ackermanns mit Guyer und wenn jener in dem Brief vom 23. Oktober an den letztern schreibt, er verdanke seine Adresse einem Geschäftsfreund, so ist nicht daran zu zweifeln, daß der Beklagte dieser Geschäftsfreund war, allein daß Ackermann, indem er den Beklagten um die Adresse eines Lieferanten von pägnirten Garnen in den Nummern 80—100 bat und dann mit diesem in Geschäftsverbindung trat, dieß gethan habe in der Voraussicht seines Konkurses und mit dem Bewußtsein, daß dieser Lieferant zu Verlust komme, ja mit dem Willen, denselben nicht zu bezahlen, wäre eine Annahme, die viel zu weit ginge. Es ist nicht richtig, daß diese Bezugsquelle deßwegen eröffnet wurde, um die Pfandlager Schulers in Mannheim und Lindau zu alimentiren, denn diese waren damals längst alimentirt und die Einigung über Umwandlung derselben ist erst am 15. März 1881 zu Stande gekommen. Es handelte sich vielmehr damals lediglich darum, den Bedarf Ackermanns in den betreffenden Garnsorten (Nro. 80—100) zu decken und einen Verkäufer zu finden, der einen 6monatlichen Kredit gewähre. Das war das Maßgebende; daneben hat dann der Beklagte allerdings noch darauf spekulirt, durch das Mittel dieser neuen Bezugsquelle seine eigenen Garne und zwar gegen Baarzahlung absetzen zu können und Ackermann, der eben in seinen Händen war, hat sich dazu hergegeben, ihm dabei in der Weise behülflich zu sein, daß er gemäß seinen Instruktionen bestellte. Die Bestellungen Ackermanns beim Kläger und die Offerten des Beklagten an diesen stimmen genau überein. Natürlich hat Guyer diese Uebereinstimmung als Folge eines Zufalles betrachtet, währenddem sie das Werk einer Verabredung war und man kann vielleicht sagen, daß damit eine Täuschung derselben herbeigeführt wurde; allein wenn man auch davon ausgeht, so hatte dieselbe nicht den Zweck, Guyer

überhaupt ins Geschäft zu bringen, sondern bloß den Zweck, ihn behufs Effectuirung der Bestellungen Ackermanns an den Beklagten zu weisen, für Guyer war es aber gleichgültig, von wem er seinerseits die Garne beziehe. Hätte er sie auch von Schuler bezogen, so läge die Ursache des Schadens nicht darin, sondern wie jetzt in der Kreditgewährung an Ackermann und diese hätte auch stattgefunden ohne jenen verabredungsgemäßen Versuch, ihn an den Beklagten zu weisen, was am besten daraus hervorgeht, daß es bis im August 1881 nicht gelungen ist, den Kläger zum Bezuge von Schulergarnen zu veranlassen, Bestellung und Lieferung aber dennoch stattgefunden haben. Es wäre viel zu weit gegangen, dieses ungehörige Verhalten Ackermannns dahin auszulegen, daß er seine Position als verloren betrachtet und nur dem Beklagten einen Vortheil habe zuwenden wollen. Die Garne waren ja für ihn bestimmt, er hat sie empfangen und verarbeitet und sicherlich nicht des Beklagten wegen, sondern eben um Fortarbeiten und sich halten zu können, bezogen. Der letztere hat ihm ganz offenbar, wie schon im Dezember 1879 auseinandergesetzt, daß es ihm schwer werde, mit einem so großen Guthaben weiter zu stunden und daß es ihm eine bedeutende Erleichterung wäre, wenn er seine Produkte durch Vermittlung von Comptantzahlern an ihn verkaufen könnte, er wird nicht ermangelt haben, diesen Auseinandersetzungen den nöthigen Nachdruck zu geben und nun mußte Ackermann gerade, um die nach seiner Ansicht in Aussicht stehende Rettung nicht scheitern zu lassen, auf die bezüglichen Vorschläge des Beklagten eingehen. Wer wollte glauben, daß wenn Ackermann schon im Oktober 1880 seinen Fall vorausgesehen hätte, er noch mehr als ein Jahr die Anstrengungen gemacht haben würde, wie er sie gemacht hat, Alles nur um den Beklagten auf Kosten Anderer zu decken. Diesen Zweck zu erreichen, hätte es viel einfachere und schneller zum Ziele führende Mittel gegeben. Die Guthabenabtretungen, welche in der Hand des Beklagten ein zweischneidiges Schwert waren, wären sicherlich nicht erfolgt und Ackermann hätte sich die aufreibende Situation, die ihm die fortwährende Drohung des Beklagten mit dem Avis der Schuldner brachte, gewiß erspart, indem er dem letztern einfach Waaren gegeben oder dann sich gegen die Geltendmachung der Abtretungen nicht gespeert und den Konkurs hätte eintreten lassen. Zu konstatiren ist übrigens, daß Kläger für seine Waarenlieferungen bis und mit dem 6. Juli 1881 bezahlt worden ist und so eigentlich nur der weitere Verkehr in Betracht kommt. Was nun diesen betrifft, so ist nicht nachzuweisen, daß er im Allgemeinen auf Beeinflußungen Ackermanns durch den Beklagten zurückzuführen ist. Der Kläger blieb nun einfach der Kunde Ackermanns für gewisse Garnsorten und es ist daraus dem Beklagten, die zu seiner Deckung bestimmten Lieferungen ausgenommen, kein Vorteil erwachsen. Was aber die letztern betrifft, welche etwas mehr als einen Dritttheil der gesammten, seit 8. August effectuirten und unbezahlt gebliebenen Lieferungen ausmachen, so sind dieselben allerdings nur auf das kategorische Verlangen des Beklagten durch Ackermann und zwar über seinen eigenen Bedarf hinaus bestellt worden, um direkt vom Kläger an Schuler zu gehen und von diesem behufs seiner Deckung verkauft zu werden. Gewiß ist nicht daran zu zweifeln, daß Kläger bei diesen Lieferungen wie bei den andern von der Annahme ausging, es seien dieselben für die Ackermannische Fabrikation bestimmt, sollen in dieser verarbeitet und nutzbringend gemacht werden und daß dieß dem Besteller Ackermann auch vollständig klar war, es braucht aber nicht untersucht zu werden, ob der Schluß berechtigt wäre, daß, wenn er den Kläger trotzdem und wissentlich in diesem irrthümlichen Glauben ließ, gesagt werden müsse, er habe diesen letztern durch wissentliches Unterdrücken einer wahren Thatsache im Sinne des Strafgesetzbuches (§ 182), hier derjenigen, daß die Waaren über Rorschach nach Wetzikon gehen, erzeugt, denn wenn man auch die Frage bejahen wollte, so wäre damit der strafrechtliche Dolus Ackermanns, durch Erwirkung jener Lieferungen sich oder einem Andern einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, noch nicht erwiesen und er

ist in der That auch nicht erweisbar, weil ganz offenbar nicht vorhanden. Einen eigenen Vortheil konnte er bei Erwirkung jener Lieferungen unmöglich verfolgen, denn er wurde die Waare schuldig und konnte doch keinerlei Nutzen daraus ziehen; ihm war im Gegentheil völlig klar, daß die Liquidation durch den Beklagten eine glückliche genannt werden müsse, wenn sie nach Abzug aller Spesen noch den Selbstkostenpreis ergebe und es hat sich denn auch gezeigt, daß selbst diese Erwartung eine zu optimistische war. Hat nun aber Ackermann jene Mehrbestellungen gemacht, um dem Beklagten einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen? Auch diese Frage ist unbedingt zu verneinen. Zwar hat er ihm, objektiv genommen, wie heute die Verhältnisse stehen, wirklich einen rechtswidrigen Vortheil verschafft, allein das wußte und wollte er damals nicht. Das Gegentheil wäre wiederum nur dann denkbar, wenn er sich schon damals für unrettbar verloren gehalten und dementsprechend gewußt und gewollt hätte, daß Kläger für seine Waaren keine volle Deckung erhalte, das kann aber nicht angenommen werden, denn das Vorgehen Ackermanns beweist alles eher als das, daß er, lediglich um den ihn bis aufs Blut drängenden Schuler zu begünstigen, eine bewußte Schädigung des Klägers habe herbeiführen wollen, um, nachdem dies geschehen, sofort selbst zu fallen. Die Sache ist vielmehr die: der Beklagte verlangte am 6./8. Juli unbedingt 10,000 Mark Anzahlung und drohte so kategorisch mit dem Avis der Schuldner der ihm abgetretenen Guthaben, daß Ackermann in der Zeit vom 8.—14. Juli hieher kam, um eine Verständigung herbeizuführen, wäre er der Ansicht gewesen, sich einfach nicht mehr halten zu können, würde er sicherlich zu Hause geblieben sein und einfach die Schritte des Beklagten gewärtigt haben, zumal ihm ja in diesem Fall der Konkursausbruch hätte gleichgültig sein müssen, es wäre denn, daß er ihn um des Beklagten willen hätte verzögern wollen und diese Annahme wäre eine reine praesumitio doli. Der Grund des Hieherkommens konnte kein anderer sein, als die angedrohte Geltendmachung der abgetretenen Guthaben zu verhindern und dieses Bestreben ist nur erklärlich bei der Annahme, daß Ackermann glaubte, sich bei fortgesetzter Wahrung seines Kredites doch noch retten zu können. Nach seinem Brief vom 23. Juli 1881 suchte er es wo immer möglich zu vermeiden, den Kredit Guyers über seinen eigenen Bedarf hinaus anzustrengen und offerirte deßhalb dem Beklagten, die von diesem erzwungene Garndeckung statt in den Nummern 80—100 in den 50ger Nummern zu effectuiren; nur die großen in Aussicht stehenden Verluste auf diesen letztern Sorten veranlaßten ihn endlich, die höhern Nummern zu beziehen, dieses Motiv hätte aber keine Rolle gespielt, wenn er an den Konkurs gedacht hätte. Diese Ausführungen, die leicht noch ergänzt werden könnten, dürften genügen, um das Nichtvorhandensein eines Betrugsdolus auf Seite des Ackermann darzuthun.

10. Ist hienach die Construktion, daß Ackermann der Thäter des am Kläger begangenen Betruges und der Beklagte sein Anstifter sei, als unhaltbar zu verwerfen, so kommt dagegen, wie bereits früher angedeutet, noch in Frage, ob den letztern nicht der Vorwurf des Betruges allein treffe, wobei er sich des Ackermann lediglich als eines mit seinem Betrugsdolus nicht vertrauten Werkzeuges bedient hätte, indessen ist bei näherer Prüfung auch darauf eine verneinende Antwort zu geben. Es ist bereits gezeigt worden, daß Ackermann die Adresse des Klägers allerdings vom Beklagten erhalten hat, gleichzeitig wurde aber auch darauf hingewiesen, daß es sich bei Eröffnung dieser Bezugsquelle zunächst und prinzipaliter nicht etwa darum handelte, dem Beklagten einen Vortheil zuzuwenden, sondern der entscheidende Grund eben einfach der Bedarf Ackermanns in den betreffenden Garnnummern und der Umstand war, daß vom Kläger eine Kreditgewährung, wie sie der letztere bedurfte, erwartet werden konnte und denn auch wirklich erhältlich war. Wenn dann der Beklagte diese Verbindung Guyer-Ackermann in der Richtung zu seinem Vortheil auszunützen versuchte, daß er Alles that, um seine eigenen Produkte an den Kläger abzusetzen, ja in dieser Richtung sogar so weit ging, daß er den Ackermann instruirte,

wie er seine Bestellungen abzufassen, daß er Muster zu verlangen habe etc., so mag man das mit Rücksicht auf die damalige Oekonomie Ackermanns und, — was das Entscheidende ist, — die Kenntniß, welche der Beklagte von dieser hatte, als dolos bezeichnen, eine förmliche mit dem eingeklagten Schaden in Verbindung stehende Betrugshandlung aber kann darin nicht erblickt werden, erstens weil das genannte Vorgehen nicht den Zweck hatte, und nicht deßwegen praktizirt wurde, um den Kläger mit Ackermann überhaupt ins Geschäft zu bringen, sondern nur um ihn zu veranlassen, die Bestellungen Ackermanns in Schulergarnen auszuführen, der Schaden aber eine Folge der Geschäftsverbindung überhaupt ist und diese, wie schon früher gezeigt, auch ohne jenes Vorgehen angeknüpft und unterhalten worden wäre, sodaß der Causalzusammenhang zwischen den genannten Handlungen und dem Schaden fehlt und sodann aber hauptsächlich auch deßwegen, weil zwar vielleicht wohl ein civilrechtlicher unter keinen Umständen aber ein Betrugsdolus nachzuweisen ist. Dazu wäre nöthig, daß der Beklagte die Geschäftsverbindung Guyer-Ackermann allein und einzig deßwegen veranlaßt hätte, um seine Produkte gegen Baarzahlung an den Kläger absetzen zu können und daß er dabei gewußt hätte, der letztere müsse und werde ohne allen Zweifel zu Verlust kommen, daß aber die erstere Voraussetzung nicht vorliegt, ist bereits gezeigt worden, und das Vorhandensein der letztern anzunehmen, wäre nach den Akten entschieden zu weit gegangen. Es ist gar keine Frage, daß Ackermanns Position im Oktober 1880 eine höchst gefährdete war, und nicht zu bestreiten, daß der Beklagte diesen Charakter derselben erkannt hatte, denn diese Erkenntniß war wohl der Hauptgrund seiner eifrigen Bemühungen, sich Deckung zu verschaffen, aber daß er entgegen allen Versicherungen Ackermanns, sich im Falle der Wahrung seines Kredites und Fortsetzung der Stundung unbedingt halten und retten zu können, noch weiter gegangen sei und angenommen habe, die Position sei nicht nur eine im höchsten Grade schwierige, nicht nur eine solche, die dringende Veranlaßung gebe, um sich zu decken, sondern eine geradezu und absolut unhaltbare, sodaß jeder der weiter kreditire, unfehlbar zu Verlust kommen müsse, das wäre eine Annahme, die sich mit objektiven Anhaltspunkten nicht belegen ließe. Auch hier ist im Fernern zu wiederholen, daß ja der anfängliche Verkehr auch gar keinen Schaden brachte, indem die bis und mit dem 6. Juli 1881 ausgestellten Fakturen alle bezahlt worden sind und daß sich nicht nachweisen läßt, daß der weitere Verkehr, abgesehen von einzelnen speziellen Lieferungen, auch mit Beeinflußungen des Beklagten gegenüber Ackermann zusammenhänge resp. auf solche und nur auf sie zurückzuführen sei. Ernstlich in Frage kann demnach nur derjenige Verlust kommen, welchen Kläger auf denjenigen Lieferungen erlitten hat, die nachweisbar lediglich auf das Drängen des Beklagten hin und behufs seiner Deckung vom Kläger bezogen und via Rorschach nach Wetzikon gekommen sind. Es frägt sich, ob der Beklagte die Effectuirung dieser Lieferungen nicht nur veranlaßt, sondern namentlich, ob er dieß auf dem Wege der Irrthumserregung durch wissentliches Vorbringen falscher Thatsachen oder Unterdrücken wahrer Thatsachen beim Kläger und in der Absicht, sich dadurch einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, gethan habe. Daß der Kläger durch positiv unwahre Angaben zur Effectuirung der betreffenden Lieferungen veranlaßt worden sei, ist aus den Akten nicht ersichtlich, dagegen kommt in Frage, ob nicht ein wissentliches Unterdrücken wahrer Thatsachen darin gefunden werden müsse, daß dem Kläger nicht mitgetheilt worden ist, die betreffenden Waaren seien, statt wie er annehmen mußte, für die Nähfadenfabrikation Ackermanns, zum Zwecke der Verwerthung und Nutzbarmachung in der letztern, *für die Deckung des Beklagten* bestimmt. Um darauf eine bejahende Antwort geben zu können, müßte man eine Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger, wenn er Waaren desselben zu seiner Deckung empfangen wollte, darüber Aufschluß zu geben, annehmen können, diese Verpflichtung aber bestund, sobald Schuler annehmen konnte, es dürfte dem Kläger aus seinen Lieferungen

auch nur möglicherweise ein Schaden entstehen und dieß konnte er nun allerdings nicht bloß annehmen, sondern nahm es unzweifelhaft auch an, was einer Detailausführung gar nicht bedarf. Aus diesem Grunde liegt in der Veranlaßung des Klägers zu den betreffenden Lieferungen, ohne ihn über Zweck und Bestimmung derselben aufzuklären, entschieden ein Dolus, allein die Frage ist die, ob diesem der Charakter eines bloß civilrechtlichen Dolus oder eines Betrugsdolus zukomme und dießfalls kann nun bloß das erstere angenommen werden. Der Betrugsdolus würde voraussetzen, nicht nur die Absicht, sich einen Vortheil zu verschaffen, sondern dieß auf Kosten des Klägers zu thun und ein so gearteter Wille könnte nur dann angenommen werden, wenn der Beklagte die Schädigung des Klägers nicht bloß als eine möglicherweise, sondern als eine durchaus bestimmt und sicher eintretende erkannt und somit auch gewollt hätte. Ist dagegen nicht ausgeschlossen, daß auch er der Meinung war, die Sache liege zwar so, daß jeder, dem die Verhältnisse bekannt seien, richtiger nicht weiter kreditire und sogar alles anwende, um sich für ein bereits bestehendes Guthaben zu decken, aber wenn die Verhältnisse nicht verrathen, der Kredit geschont werde, sei eine Rettung Ackermann keineswegs unmöglich, und liegt der Grund des Verschweigens über die Zweckbestimmung der betreffenden Lieferungen und der Manipulationen, welche alle vorgenommen worden sind, in dem Bestreben, die gehoffte Rettung durch ein Verrathen der Deckungsgeschäfte nicht zu verunmöglichen, so kann eben von einem sichern Erkennen der Thatsache, daß Kläger Schaden leiden werde und von dem Willen, sich selbst *um den Preis dieser Schädigung* zu decken, nicht gesprochen werden und nur ein solcher Wille könnte als Betrugsdolus qualificirt werden, es ist aber nicht bewiesen, daß er vorlag. Der Richter kann sich nicht davon überzeugen, daß wenn Ackermann dem Beklagten, statt ihm immer und immer wieder zu versichern, er könne sich retten und halten, erklärt hätte, daß sein Fall unvermeidlich sei, der letztere dennoch, bloß um seinerseits gedeckt zu werden, den Kläger veranlaßt haben würde, die Waaren zu dieser Deckung auf Kredit zu liefern und nur, wenn man diese Ueberzeugung aus den Akten schöpfen könnte, läge mehr als ein civilrechtlicher Dolus vor. Nimmt man an, und das muß nach den frühern Ausführungen durchaus geschehen, daß Ackermann, der doch seine Lage am allerbesten zu beurtheilen im Stande sein mußte, seinerseits immer noch und trotz des Zwanges, die Lager in Mannheim und Lindau realisiren lassen und dem Beklagten noch weitere Garne als Faustpfänder geben zu müssen, an die Möglichkeit einer Rettung dachte, so geht es gewiß nicht an, diesen Glauben beim Beklagten zu negiren bezw. das Nichtvorhandensein desselben bei ihm als bewiesen anzunehmen. Der plötzliche Zusammenbruch des Ackermann'schen Geschäftes im Februar 1882 ist auf eine Weise erklärt worden, die durchaus nicht von vornherein als unglaublich bezeichnet werden darf, sondern durch den Brief Ellingers unterstützt wird, es kann in dieser Richtung füglich auf Erwägung 28 des handelsgerichtlichen Urtheils verwiesen werden.

11) Als zweite strafbare Handlung ist in dem Gutachten des Herrn Professor Schneider noch Anstiftung zu betrüglichem Bankerott genannt und weil der Kläger schon erstinstanzlich erklärt hat, daß er den gesammten Inhalt dieses Gutachtens als Bestandtheil seines Vortrages betrachtet wissen wolle, so wird auch dieser Standpunkt, obgleich er im mündlichen Vortrag des klägerischen Vertreters keine spezielle Erwähnung gefunden hat, als eingenommen gelten müssen. Als Thatbestand des betrüglichen Bankerotts, mit Bezug auf welchen dem Ackermann physische Thäterschaft und dem Beklagten Anstiftung zu dieser vorgeworfen wird, nennt das Gutachten Schneiders lediglich denjenigen des § 211 der Konkursordnung für das deutsche Reich, d. h. es macht dasselbe in Anlehnung an diese Gesetzesstelle geltend, Ackermann habe, nachdem er seine Zahlungen eingestellt, in Kenntniß des Zustandes der Zahlungsunfähigkeit dem Beklagten eine Sicherung bezw. Befriedigung seiner Forderung gewährt, auf die er keinen Anspruch gehabt habe und zwar Alles in der Absicht, ihn dadurch vor

den übrigen Gläubigern zu begünstigen. Es ist das nicht sowohl der Thatbestand eines betrüglichen Bankerottes, wenigstens nicht im engern Sinne als vielmehr derjenige einer strafbaren Begünstigung von Gläubigern.

12. Zu konstatiren ist nun zunächst, daß mit diesem Gesichtspunkt der Klage als Ursache des Schadens nicht eine dolose Veranlaßung der Kreditgewährung Guyer-Ackermann durch den Beklagten, sondern der Umstand geltend gemacht wird, daß Ackermann den Beklagten in strafbarer Weise begünstigt habe. Der Schaden wird darin gefunden, daß jener die zur Befriedigung Schulers verwendeten Deckungsobjekte diesem allein zugewendet, seiner Konkursmasse entzogen und so deren Verwerthung im Interesse *aller* Gläubiger nach Maßgabe des Konkursrechtes verhindert habe. Hienach würde sich nun aber bloß derjenige Betrag als dem Kläger durch die Begünstigungshandlung Ackermanns zugefügter Schaden darstellen, den derselbe dieser Handlung wegen im Konkurse Ackermanns weniger erhalten hat als er ohne dieselbe erhalten haben würde und dieser kommt durchaus nicht dem genannten, nunmehr erlittenen Verluste gleich, weil Kläger den Werth der Deckungsobjekte, wenn sie in die Masse gefallen wären, nicht allein empfangen, sondern mit den übrigen Massagläubigern hätte theilen müssen. Nur *der* Betrag, der ihm bei dieser konkursrechtlichen Theilung zugefallen wäre, könnte als Schaden aus einer Begünstigungshandlung Ackermanns der angedeuteten Art bezeichnet werden, nun fehlt es aber an allen Anhaltspunkten für die Berechnung dieses Betrages und da der Kläger diese Anhaltspunkte hätte geben sollen, dieß aber unterlassen hat, so kann die Klage schon deßwegen auch aus diesem Gesichtspunkte weder ganz noch theilweise gutgeheißen werden. Wollte sich der Kläger schon an diesem Orte darauf berufen, daß sobald eine strafbare Begünstigungshandlung Ackermanns vorliege und der Beklagte als Anstifter erklärt werde, er die sämmtlichen Deckungsgeschäfte auf Grund des Reichsgesetzes betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb dem Konkurs soweit anfechten könne, als dieß zu seiner vollen Befriedigung erforderlich sei, so folgt daraus, die Richtigkeit des Satzes unterstellt, durchaus nicht, daß der genannte vom Kläger erlittene Verlust eine Folge der strafbaren Begünstigungshandlung sei, sondern bloß, daß der Kläger eben jenen Anfechtungsanspruch aus dem Reichsgesetz geltend machen kann, was er denn auch gethan hat und worauf später einzutreten ist.

13. Geht man davon aus, die Frage, ob Jemand ein Delict, sei es nun strafbare Handlung oder nicht, begangen habe und ob und wie weit er civilrechtlich aus derselben verantwortlich sei, müsse nach dem Rechte des Begehungsortes entschieden werden, so kommt der § 211 der Konkursordnung für das deutsche Reich allerdings insoweit zur Anwendung, als es sich frägt, ob dem Ackermann eine strafbare Begünstigungshandlung zur Last falle oder nicht, wenigstens insoweit ist dieß klar, als die fraglichen Begünstigungshandlungen von ihm auf dem Gebiete des deutschen Reiches vorgenommen worden sind und dieß ist offenbar der Fall mit Bezug auf die Bestellung des Mannheim-Lindauer Pfandlagers und der Hypothek auf die Neuanlage in Heilbronn. Auch die Frage, ob dem Beklagten dießfalls Anstiftung zur Last falle, wäre bezüglich dieser Geschäfte nach jener Bestimmung der Konkursordnung zu beurtheilen. Anders verhält es sich aber bezüglich der dem Beklagten im September und Dezember 1881 behufs Verwerthung zu seiner Befriedigung von Ackermann verschafften Waaren. Mag man auch hier noch der Ansicht sein, daß die Frage, ob *Ackermann* sich durch diese Handlungen einer strafbaren Gläubigerbegünstigung schuldig gemacht habe oder nicht, nach dem citirten § 211 der Konkursordnung für das deutsche Reich zu beurtheilen sei, so ist doch so viel sicher, daß darüber, ob dem Beklagten bezüglich dieser Handlung Anstiftung zur Last falle oder nicht, nur das zürcherische Recht maßgebend sein kann, weil, wie näher bei Besprechung des letzten Klagestandpunktes dargethan werden soll, alle Handlungen Schulers, in denen jene Anstiftung erblickt werden könnte, auf dem Gebiete des Kantons Zürich vorgenommen worden sind. Dieser Schluß führt nun aber

sofort zu dem weitern, die behauptete Anstiftung des Beklagten bezüglich dieser letzterwähnten Begünstigungshandlungen Ackermanns zu verneinen, weil das zürcherische Strafrecht eine Anstiftung zur strafbaren Gläubigerbegünstigung *von Seite des begünstigten Gläubigers selbst* nicht kennt. Nicht einmal civilrechtlich verschuldet der begünstigte Gläubiger etwas, noch viel weniger aber strafrechtlich. Was aber die frühern Deckungsgeschäfte (Bestellung des Faustpfandlagers und der Hypothek) betrifft, so liegt hier entschieden nicht einmal eine strafbare Begünstigungshandlung Ackermanns vor und kann deßhalb auch nicht von einer Anstiftung des Beklagten zu dieser Handlung gesprochen werden. Dieser Satz findet seine Begründung einfach darin, daß Ackermann bei Vornahme jener Deckungshandlungen überall nicht die Absicht hatte, den Beklagten vor seinen übrigen Gläubigern zu begünstigen d. h. ihm eine bessere Stellung einzuräumen, als er sie im Konkurs gehabt hätte. Eine solche Annahme wäre nur möglich, wenn er zur Zeit der Einräumung fraglicher Deckung (März/Mai 1880 und November 1880) an seinen Konkurs gedacht, denselben als bevorstehend angesehen hätte (siehe Fuchsberger, Strafrecht, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes III. pag. 444) und dieß ist durchaus nicht der Fall, wie bei Behandlung des letzten Klagestandpunktes, der Anfechtung sämmtlicher Deckungsgeschäfte aus dem Reichsgesetze vom 21. Juli 1879 noch näher dargethan werden soll.

15. Ist hienach die Haftpflicht des Beklagten auch nicht aus dem Gesichtspunkte einer strafbaren Handlung abzuleiten, so kommt schließlich noch in Frage, ob Kläger nicht auf dem Wege einer Anfechtung der zwischen Ackermann und Schuler abgeschlossenen Deckungsgeschäfte zum Ziele gelangen könne, allein auch dieß ist zu verneinen. Der Kläger selbst scheint dieß insoweit zugeben zu wollen, als die Frage der Anfechtbarkeit der betreffenden Deckungsgeschäfte nach zürcherischem Rechte zu beurtheilen ist, was wohl daraus geschlossen werden darf, daß er das Rechtsgutachten Schneiders als Bestandtheil der Klagebegründung betrachtet wissen will, in diesem aber gerade ausgeführt wird, daß ein Anfechtungsanspruch aus dem zürcherischen Rechte nicht abgeleitet werden könne. Diese Ansicht ist denn auch unzweifelhaft richtig, weil alle Rechtshandlungen Ackermanns, um deren Anfechtung es sich hier handelt, zu Gunsten eines Gläubigers und zum Zwecke der Deckung einer ihm an den Schuldner zustehenden fälligen Forderung vorgenommen worden sind und der § 1020 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von der zürcherischen Gerichtspraxis ständig dahin ausgelegt worden ist, daß nicht nur die eigentliche *Zahlung* einer fälligen Schuldforderung d. h. die Leistung dessen, was der Schuldner schon kraft des Schuldvertrages und auf Grund dieses allein zu leisten verpflichtet ist, sondern auch jede andere Befriedigung oder Deckung eines Gläubigers, falls dieselbe nur für den fälligen Anspruch stattgefunden hat, wie die datio in solutum, Pfandbestellung etc., obgleich Angesichts des bevorstehenden Konkurses geschehen, zuläßig und unanfechtbar sei (vergleiche Ullmer Commentar Nr. 1593 Erwäg. 3, Nr. 1623, Nr. 1624 und Supplementband Nr. 3162, 3163, 3164 und 3165 Erwäg. 3, sowie Gwalters Zeitschrift Bd. 21 pag. 168 Erwäg. 9, Bd. 22 pag. 120).

15. Bei dieser Sachlage empfiehlt es sich, zunächst festzustellen, ob und bezüglich welcher der in Frage kommenden Deckungsgeschäfte die Frage der Anfechtbarkeit ganz *unzweifelhaft* nach zürcherischem Rechte beurtheilt werden müsse. Der Anfechtungsanspruch wird ausschließlich auf die Behauptung bassirt, daß Ackermann die Deckungsgeschäfte mit dem Beklagten in der Absicht geschlossen habe, seine übrigen Gläubiger zu benachtheiligen und daß diese Benachtheiligungsabsicht dem letztern bekannt gewesen sei. Es handelt sich also um eine paulianische Klage, bei welcher das Anfechtungsrecht gegenüber dem Dritten seinen Grund lediglich in dem bösen Glauben des letztern, in seinem Mitwissen von der Benachtheiligungsabsicht des Schuldners hat und daraus wird in dem Gutachten Schneiders mit Recht gefolgert, daß der genannten Klage in concreto der Charakter einer Deliktsklage

zukomme, die Obligation, aus welcher der Beklagte belangt wird, eine Deliktsobligation sei. Davon ausgehend stellt sich die Frage dahin, welches örtliche Recht für die Beurtheilung von Ansprüchen aus Delikten maßgebend sei. Dieses Recht kann, wie beide Parteien und mit ihnen Endemann und Schneider durchaus richtig annehmen, nur entweder dasjenige des Gerichtsortes oder dann das Recht desjenigen Ortes sein, an welchem die angebliche Deliktshandlung begangen worden ist, daraus aber folgt, daß, soweit die Deckungshandlungen, um deren Anfechtung es sich handelt, auf dem Gebiete des Kantons Zürich vorgenommen worden sind, die Frage nach dem Vorhandensein und Inhalt eines Anfechtungsrechtes unter allen Umständen nach zürcherischem Rechte beurtheilt werden muß. Zu den Deckungsgeschäften, welche als hier abgeschlossen und realisirt gelten müssen, gehören nun aber unzweifelhaft die Garnlieferungen, welche Ackermann dem Schuler im August bezw. September und Dezember 1881 zum Zwecke des Verkaufs und der Tilgung seines noch ungedeckten Guthabens im Betrage von ca. 11 à 12,000 M. gemacht hat, denn es ist aktengemäß, daß die Vereinbarung betreffend Effectuirung der betreffenden Garnlieferungen anläßlich eines Besuches des Ackermann beim Beklagten in Wetzikon, welcher in der Zeit vom 8. bis 14. Juli 1881 stattgefunden hat, — geschlossen und entsprechend derselben in der Weise ausgeführt worden ist, daß Ackermann die Garne von Guyer kaufte und dem Beklagten unmittelbar, wenn auch auf dem Umwege über Rorschach, zukommen ließ. Mit Rücksich auf diesen Thatbestand geht denn auch Schneider davon aus, daß betreffend die auf dieses Deckungsgesckäft bezüglichen Handlungen Zürich als Thatort zu bezeichen und deßhalb dic Frage der Anfechtbarkeit auch nach zürcherischem Rechte zu beurtheilen sei, der Kläger selbst hat sich auf das Gutachten Schneider berufen und folglich muß angenommen werden, daß er dieser Ansicht ebenfalls beipflichte, daß aber der Anfechtungsanspruch nach zürcherischem Rechte nicht begründet ist, dafür kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden.

16. Die dem Beklagten in der Form von Guthaben-Abtretungen gewährte Deckung kommt nicht in Betracht, weil sie nach der Liquidation des Mannheim-Lindauer Faustpfandlagers und der oben besprochenen weitern, zahlungshalber gemachten Garnlieferungen aufgegeben worden ist, Schuler also mittelst dieses Geschäftes nichts aus dem Vermögen Ackermanns empfangen hat.

17. Als Deckungsgeschäfte, deren Anfechtbarkeit in Frage kommen kann, bleiben hienach nur noch übrig die vertragliche Bestellung des Mannheim-Lindauer Faustpfandlagers und die Einräumung der Hypothek auf die Neuanlage in Heilbronn. Da zugegeben werden muß, daß die auf den Abschluß dieser Geschäfte bezüglichen Handlungen auf dem Gebiete des deutschen Reiches vorgenommen worden sind, so kann die Frage der Anfechtbarkeit nach dem Gesagten nur dann von vornherein verneint werden, wenn man davon ausgeht, daß der hiesige Richter bei Beurtheilung von Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen auch immer das hiesige Recht anzuwenden verpflichtet sei. Ob diese Auffassung richtig wäre, oder ob nicht im Gegentheil gesagt werden müßte, daß das örtliche Recht für die Beurtheilung von Ansprüchen aus Deliktshandlungen auch nach den Grundsätzen des zürcherischen Privatrechts über örtliche Rechtsanwendung (§ 1—5) nur dasjenige des Thatortes sein könne, kann indessen füglich dahin gestellt bleiben, weil, wenn man diese Frage auch im letztern Sinne entscheiden und deßhalb den Anfechtungsanspruch auf Grund des vom Kläger angerufenen deutschen Reichsgesetzes vom 21. Juli beurtheilen wollte, derselbe dennoch verworfen werden müßte, weil, wie näher auszuführen sein wird, dem Gemeinschuldner Ackermann bei Vornahme der hier in Frage kommenden Rechtshandlungen die Benachtheiligungsabsicht entschieden fehlte. Was zunächst die Faustpfänder betrifft, so fällt die ursprüngliche Pfandbestellung in die Zeit vom März-Mai 1880. Versprochen wurde sie dem Beklagten bei seinem am 7. März 1880 in Heilbronn gemachten Besuche und wirklich realisirt wurde das Pfandversprechen durch die Garnsendungen an Geber & Mader

in Mannheim vom 17. März und 10. Mai 1880. Die Faustpfandurkunde trägt das Datum vom 27. März 1880. In Folge späterer Einigung, die am 15. März 1881 ihre Perfection erlangte, hat dann allerdings in der Zeit vom 6. Mai 1881 bis Ende Juni gleichen Jahres eine Umwandlung dieses Mannheimer Faustpfandlagers stattgefunden und ist dabei ein Theil der Pfänder nach Lindau verlegt worden, allein weder wurde je behauptet noch ist aus den Akten nachzuweisen, daß anläßlich dieser Umwandlung auch eine Pfandvermehrung stattgefunden habe oder daß bei gleicher Quantität eine bessere Qualität Waare hinterlegt worden sei und daraus eine Werthvermehrung des Pfandlagers gegenüber früher ergeben habe. Ist aber hienach davon auszugehen, daß der Werth des neuen Pfandlagers denjenigen des ursprünglichen nicht überstiegen hat, so liegt klar am Tage, daß bei dieser letzten Manipulation (der Umwandlung des Pfandlagers) eine selbständige Benachtheiligungsabsicht nicht obgewaltet haben kann, weil der Beklagte dadurch dem Werthe nach nichts weiter empfangen hat, als er schon hatte und folglich auch Ackermann und seine übrigen Gläubiger nicht mehr verlieren konnten als bereits verloren war, objektiv eine Benachtheiligung nicht eingetreten ist und somit gewiß auch nicht im Willen der Handelnden gelegen haben kann. Dagegen frägt sich nun ernstlicher, ob die Benachtheiligungsabsicht bei der ursprünglichen Pfandbestellung im Frühjahr 1880 obgewaltet habe, in welchem Falle dann dieselbe auch als bei der Umwandlung fortwirkend betrachtet werden müßte. Wie schon angedeutet, ist indessen die Frage zu verneinen. Allerdings steht absolut fest, daß die Situation Ackermanns schon im März 1880 eine höchst peinliche war, er hatte einen Betriebsverlust von 40,686 Mark zu verzeichnen, die Einlösung der Schuler-Tratten per Ende Oktober, November, Dezember 1879 und Januar, Februar 1880 war ihm nicht möglich gewesen und bedurfte er auch weiterer Stundung mit Bezug auf den größten Theil des beklagtischen Guthabens. Allein daß er, falls ihm diese gewährt werde und er das Stundungskapital für die Herstellung der projektirten Neuanlage verwenden könne, zuversichtlich an seine Rettung glaubte, ist nicht im Geringsten zu bezweifeln, denn ein vernünftiger Grund, die Erweiterung der Fabrik- und Betriebsanlage mit einem Kostenaufwand von ca. 60 à 70,000 Mark zu unternehmen, *mit dem Bewusstsein und der Annahme*, daß das Alles nichts nützen, der Konkurs dennoch kommen werde und müsse, läßt sich schlechterdings nicht finden. Am 7. März 1880 ging der Beklagte anläßlich seines Besuches in Heilbronn auf dieses Rettungsprojekt Ackermanns ein, dieser versprach, im Laufe des I. Halbjahres 1880 3 Accepte im Gesammtbetrage von 18,000 Mark einzulösen und der Beklagte bewilligte ihm die Stundung seiner Restforderung von 76,711 Fr. 80 Rp. auf die Dauer eines Jahres gegen das Versprechen der Sicherstellung durch Faustpfänder, Guthabenabtretungen und Errichtung einer Hypothek. Man mag annehmen, daß ihn dabei lediglich die Betrachtung geleitet habe, die Betretung des vorgeschlagenen Weges könne ihn auch, wenn Rettung für Ackermann nicht möglich sei, kaum schlechter stellen, eröffne ihm dagegen die Aussicht, seine Position durch Empfang der versprochenen Deckung zu verbessern, allein das beweist noch nicht, daß derselbe den Versicherungen Ackermanns nicht dennoch etwelchen Glauben geschenkt und beweist namentlich nicht, was hier das Entscheidende ist, daß Ackermann selbst in sein Rettungsprojekt kein Zutrauen gehabt habe. Sobald man einig war, wurde die Ausführung der Neuanlage ins Werk gesetzt, die Maschinen bestellt, mit den Vorbereitungen zum Neubau begonnen, das Alles aber wäre von Seite Ackermanns zweck- und sinnlos gewesen, wenn er sich für verloren betrachtet hätte und nur darauf bedacht gewesen wäre, den Beklagten auf Kosten seiner andern Gläubiger zu decken. Um diese Gläubigerbegünstigung vornehmen zu können, hätte es sicherlich keiner Neuanlage bedurft, denn daß die Erstellung dieser etwa nur deßwegen unternommen worden sei, um die Hypothek errichten zu können, wäre eine Annahme, an deren Richtigkeit sicherlich selbst der Kläger nicht glaubt. Eine richtige Würdigung der Sachlage kann

zu keinem andern Resultate führen, als daß Ackermann die Faustpfandbestellung lediglich vorgenommen hat, um sich die ihm unter dieser Bedingung versprochene Stundung des Beklagten, damit die Ausführung der Neuanlage und die mit dieser gehoffte Rettung zu sichern, war aber das der Grund zum Deckungsgeschäft, so kann von einer Benachtheiligungsabsicht seinerseits nicht gesprochen werden. Diese fehlte aber auch bei Bestellung der Hypothek. Versprochen wurde diese Art der Deckung ebenfalls schon anläßlich des beklagtischen Besuches in Heilbronn am 7. März 1880 und es bildete dieses Versprechen wiederum ein Aequivalent für die Zusicherung einjähriger Stundung durch den Beklagten. Der eigentliche Pfandvertrag selbst ist dann allerdings erst am 15. November 1880 abgeschlossen worden, er stellt sich aber als bloße Einlösung des frühern Versprechens dar und übrigens darf ruhig behauptet werden, daß Ackermann auch im November 1880 nicht an seinen Konkurs dachte, sondern wenn jemals so gerade damals an seine Rettung glaubte. Allerdings war ihm die Einlösung der Juli- und August-Tratten pro 1880 nicht möglich gewesen, er schrieb aber dem Beklagten am 10. August, die Gründe dieser Unmöglichkeit seien so klar, daß sie ihm einleuchten müssen, zu einem Schritt, welcher seine Position unmöglich mache, sei absolut kein Grund vorhanden, er zweifle nicht im Geringsten daran, in die Lage zu kommen, sein Guthaben bei Heller und Pfenning zurückzahlen zu können und die Verhältnisse sind durchaus nicht dazu angethan, diese Versicherung etwa als eine simulirte zu betrachten. Die Rettung verheißende Neuanlage war in der Hauptsache fertig, die Inbetriebsetzung derselben stand in verhältnißmäßig naher Aussicht, die Absatzverhältnisse waren nach der Korrespondenz ausgezeichnete, der Moment also gewiß da, wo die Berechtigung, an Rettung zu denken, am Meisten fundirt war und ist dem so, so kann der Hypothekenbestellung die Absicht der Benachtheiligung anderer Gläubiger nicht unterschoben werden. Zu bemerken ist ferner, daß wo ein einzelner Gläubiger *auf Kosten anderer* begünstigt werden will, für den Schuldner kein Grund vorliegt, die Benachtheiligungsabsicht dem Begünstigten gegenüber zu verschweigen, in concreto haben wir aber die Thatsache, daß sich Ackermann gegenüber dem Beklagten nie auf den Standpunkt stellte, seine Rettung sei auch bei fortdauernder Gewährung der zugesagten Stundung und im Falle des Eintrittes der Mehrproduktion durch die Neuanlage nicht möglich, sondern daß er immer das Gegentheil behauptete und damit indirekt gewiß auch sagte, daß die ihm, Schuler, eingeräumte Deckung nach seiner Ueberzeugung seinen andern Gläubigern keinen Nachtheil bringen werde. Es ist überdem nicht einzusehen, daß wenn Ackermann seine Position bei der Hypothekenbestellung als eine verlorene angesehen hätte und es ihm nur darum zu thun gewesen wäre, den Beklagten zum Nachtheile seiner andern Gläubiger noch geschwind zu decken, er dann noch mehr als ein Jahr lang das Menschenmögliche geleistet hätte, um ja nicht zu fallen. Gewiß hätte er keine so große Furcht vor der Geltendmachung der Guthabenabtretungen durch Schuler empfunden und würde er nicht alle Mittel angewendet haben, um diese zu verhindern. Sein dießfälliges Verhalten ist absolut nicht Anders erklärlich, als wenn man annimmt, daß er immer und immer noch an Rettung geglaubt habe und gewinnt Angesichts dieser Betrachtung auch die beklagtische Behauptung an Gewicht, daß der schließliche Zusammenbruch wenigstens unmittelbar auf den Fall Rösers zurückzuführen sei. Als letztes Moment für die Richtigkeit dieser Würdigung der Verhältnisse darf zum Schlusse gewiß auch noch der Umstand angerufen werden, daß der Konkursverwalter, obschon er die Frage geprüft zu haben scheint, nicht dazu gelangte, die Hypothek des Beklagten anzufechten bezw. zu bestreiten. Der Grund kann nur der gewesen sein, daß auch er eine Benachtheiligungsabsicht Ackermanns nicht als erwiesen annahm, denn sonst hätte die Anfechtung nach der Konkursordnung für das deutsche Reich (§ 24) erfolgen müssen.

18. Kann hienach der Klaganspruch auch nicht aus dem Gesichtspunkte einer Anfechtung der Deckungsgeschäfte Ackermann-Schuler begründet werden, so fehlt es ihm

überhaupt an einem rechtlichen Fundament und muß unter diesen Umständen die Klage abgewiesen werden.

19. Dieser Ausgang des Prozesses hat die Auflage der Kosten an den Kläger zur Folge, dagegen würde es sich auch heute noch nicht rechtfertigen, dem Beklagten irgend welche Prozeßentschädigung zuzusprechen, weil sein Verhalten gerade gegenüber dem gegenwärtigen Kläger nicht nur ein moralisch verwerfliches, sondern auch civilrechtlich doloses war und der Umstand, daß er aus dem letztern Grunde für den eingeklagten Schaden nicht verantwortlich gemacht werden konnte, in der erst zweitinstanzlich vorgebrachten Verjährungseinrede, also in einer Thatsache liegt, welche den erwähnten Charakter des Verhaltens Schulers nicht zu ändern vermag und die den Kläger, weil erst zweitinstanzlich vorgebracht, auch nicht veranlassen konnte, den sonst begründeten Anspruch fallen zu lassen.

Schluss:

1. Die Appellation des Beklagten ist begründet und demnach die Klage abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Staatsgebühr wird auf 200 Fr. festgesetzt.
3. Die Kosten beider Instanzen sind dem Kläger aufgelegt, dagegen wird dem Beklagten eine Prozeßentschädigung nicht zugesprochen.
4. Mittheilung.

Urtheil

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 3. Juni 1887

in Sachen

der *Papier- & Cartonfabrik Lausen*, Kt. Baselland, Klägerin,

gegen

August Feldheim in Außersihl, Beklagten, betreffend Kauf.

Empfangbarkeit der Waare. Verkaufs- oder Typmuster? Zeit und Beschaffenheit der Mängelrüge.

Streitfrage:

Ist Beklagter schuldig, an die Klägerin Fr. 930. 50 Cts. lt. Faktura vom 12. März d. Js. per 12. Juni d. Js. zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Mit Correspondenzkarte vom 16. Januar 1887 fragte der Beklagte die Klägerin an, ob sie ihm grauen Carton zu 22 Frkn. per 100 Kg. erlassen könne, bejahendenfalls könne er ihr einen Auftrag ertheilen. Folgenden Tags erhielt er den Bescheid, es sei unmöglich, Cartons zu diesem Preise abzugeben, dagegen offerire ihm die Klägerin Buchbinderkartons in der Dicke von 0,5—5 mm. à 24 Frkn. per 100 Kg., ab Lausen, Valuta drei Monatstratte mit Accept; in dem Schreiben war als Beilage ein Muster erwähnt. Am 21. Januar schrieb der Beklagte, falls Klägerin die offerirten Cartons franco Station Zürich liefern könnte, wäre er nicht abgeneigt, einen Auftrag zu ertheilen. Die Klägerin erwiederte mit Correspondenzkarte vom 22. Januar, es sei ihr nicht möglich franco Station Zürich zu liefern, der Preis sei ohnehin ein ausnahmsweise billiger. Gleichwohl bestellte der Beklagte am 6. Februar:

1000	Kg.	Ia.	graue	Cartons	$^{80}/_{108}$	cm.	2	Zig
1000	„	„	„	„	„	„	$1^3/_4$	„
500	„	„	„	„	„	„	$1^1/_2$	„
500	„	„	„	„	„	„	$2^1/_4$	„
500	„	„	„	„	„	„	$2^1/_2$	„
500	„	„	„	„	„	„	3	„

4000 Kg. zum offerirten Preise und sofort lieferbar. Die Klägerin zeigte mit Schreiben vom 8. Februar an, daß sie von dem Auftrag Vormerk genommen habe, bemerkte jedoch, daß sie nur 2 Formate Buchbinderkarton fabrizire und zwar $^{80}/_{107}$ und $^{80}/_{115}$ cm., welches von beiden gewünscht werde? Eine sofortige Effectuirung des Auftrages könne nicht erfolgen, da in dieser Jahreszeit das Trocknen des Cartons sehr langsam vor sich gehe, immerhin würde die Waare in circa einem Monat zum Versandt kommen. Der Beklagte wählte das Format $^{80}/_{107}$ cm. und wünschte, daß die Lieferung thunlichst beschleunigt werde.

B. Samstag den 2. März wurden die Car-

tons facturirt und zum Versandt gebracht. In dem Begleitschreiben zur Factur, welche die Randbemerkung enthält: „Event. Reclamationen können zurückgewiesen werden, wenn sie nicht sofort nach Empfang der Waare formulirt werden," ist bemerkt, es habe sich bei den 2 dünneren Sorten etwas weniger als wie bestellt ergeben, es werde aber das Fehlende baldmöglichst nachgesandt werden. Am Montag den 14. März kam die Sendung hier an und wurde Nachmittags ins Geschäftslokal des Beklagten abgeliefert. Am 20. März schickte letzterer von Zofingen aus an die Klägerin eine Correspondenzkarte ab folgenden Inhalts: „An gemachter Sendung grauen Carton müssen Sie Papierspäne á Fr. 10 ab Zürich in Gegenrechnung nehmen, andernfalls steht die Waare zur Verfügung, indem solche nicht in Qualität gut ausfällt. Bericht sofort erwünscht." — Die Klägerin ließ mit ihrer Antwort nicht auf sich warten; mit Schreiben vom 22. März machte sie den Beklagten unter Verweisung auf die Randbemerkung in der Factur darauf aufmerksam, daß die Reclamationsfrist verstrichen sei, zudem sei der Carton in Qualität keineswegs tadelhaft und dürfe sie es getrost auf eine Expertise ankommen lassen. Das Ansinnen, daß die Klägerin an Zahlungsstatt Papierspäne annehmen müsse, wurde des entschiedensten abgelehnt. — Am 2. April ließ der Beklagte der Klägerin durch das Geschäftsbüreau Wyler in Außersihl anzeigen, daß ihre Waarenlieferung „in Folge schlechter Qualität und nicht Musterkorrekt" zur Verfügung stehe und nicht angenommen werde. Mit Brief vom 4. April erklärte die Klägerin, daß sie auf die Reklamation nicht eintrete, sondern die Angelegenheit einem Advokaten übergeben werde, falls der Beklagte nicht sofort die Annahme der Sendung ausspreche.

C. Am 10. Mai reichte Adv. Ith Klageschrift nebst friedensrichterlicher Weisung mit der Eingangs genannten Streitfrage beim Handelsgericht ein. — In der Referentenaudienz produzirte der Beklagte 9 Cartonstücke von verschiedener Dicke, welche er als die ihm von der Klägerin übersandten Muster bezeichnete. — In der Hauptverhand- wurde das Rechtsbegehren der Klägerin dahin ergänzt, daß vom Verfalltag an Zinse à 6 % gefordert werden.

D. Der Beklagte ließ dagegen auf Abweisung der Klage antragen, indem er zum Beweise verstellte, daß die gelieferte Waare nicht Ia. Qualität, nicht musterconform, sondern mindestens 30 % weniger werth sei, als wie bestellt. Primaqualität resp. Waare nach dem Muster lasse sich nämlich biegen ohne zu brechen, schneiden ohne zu fasern, während der gelieferte Carton brüchig sei, d. h. beim Biegen breche und beim Schneiden fasere.

Von einer Verspätung der Mängelrüge sei keine Rede. Die mehrerwähnte Randbemerkung auf der Factur sei nicht so zu verstehen, daß die Reklamation am Tage der Ankunft der Waaren zu erfolgen habe, sondern wolle nichts weiteres sagen, als es solle beförderlich, d. h. sobald dieses nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich sei (Art. 246 des O.-R.) reklamirt werden. In der Korrespondenzkarte des Beklagten vom 20. März sei eine förmliche Weigerung der Annahme enthalten und da die Klägerin den Vorschlag Papierspäne in Gegenrechnung zu nehmen abgelehnt habe, sei die Dispositionsstellung perfect geworden. Am 2. April habe nur eine Bestätigung der Anzeige vom 20. März stattgefunden. Eventuell, wenn angenommen werden sollte, es sei erst am 2. April reklamirt und zur Verfügung gestellt worden, so liege dennoch keine Verspätung vor, da der Beklagte durch Abwesenheit von Hause an der Prüfung der Waare verhindert gewesen sei, derselbe habe, wie zum Beweise verstellt werde, am Montag den 14. März Vormittags, also vor Ankunft der Waare, eine Geschäftsreise angetreten und sei bis zum 22. März fortgeblieben. Der Angestellte des Beklagten habe dann die Untersuchung der Waare vorgenommen und seinem Prinzipale darüber nach Zofingen berichtet, worauf die Reklamation vom 20. März erfolgt sei.

Gestützt auf Art. 249 des O.-R. verlangt der Beklagte in erster Linie mittelst der Wandelungsklage Rückgängigmachung des Kaufes, event. fordert er mit der Minderungsklage, daß der Kaufpreis um 30 % gekürzt

werde, auf die Nachlieferung von Carton wird verzichtet.

E. Die Klägerin hält an der Replik der Verjährung der Mängelrüge fest, die Correspondenzkarte des Beklagten vom 20. März enthalte keine Bemängelung im Sinne des Gesetzes und mit derjenigen vom 2. April sei er nicht mehr zu hören. Es werde bestritten, daß der Beklagte vor Ankunft der Waare verreist sei, eventuell sei dies ohne Bedeutung, da er davon unterrichtet gewesen sei. Aus den produzirten Gasthofrechnungen gehe nur hervor, daß der Beklagte sich vom 14. März Abends bis 17. März Morgens in Reinach und vom 19. März Abends bis 22. März Morgens in Zofingen aufgehalten habe. Die Klägerin behaupte, daß er in der Zwischenzeit zu Hause gewesen sei und gebe nicht zu, daß die Untersuchung der Waare durch einen Angestellten des Beklagten stattgefunden habe.

Die Ausstellungen des Beklagten hinsichtlich der Qualität der Waaren seien unbegründet. Es werde bestritten, daß der gelieferte Carton nicht musterconform und 30 % weniger werth sei als wie bestellt. Zum Preise von Fr. 24 per 100 Kg. könne kein Carton geliefert werden, der nicht brüchig sei. Der Beklagte solle gemäß Art. 267 des O.-R. die persönliche Versicherung der Aechtheit der von ihm producirten Muster abgeben.

Eventuell habe nicht Wandelung des Kaufs zu erfolgen, sondern es könnte der Beklagte nur verlangen, daß der Kaufpreis um den Minderwerth reduzirt werde.

Entscheidungsgründe:

1. Die Klägerin fordert vom Beklagten den Kaufpreis für eine Lieferung Buchbinderkarton. Der Angesprochene macht einredeweise in erster Linie den Wandelungs- eventuell den Minderungsanspruch geltend, indem er behauptet, die Waare sei nicht bestellungsgemäß geliefert worden, sie sei nämlich nicht Ia. Qualität, im Besondern wird gerügt, daß der Carton brüchig und beim Schneiden fasrig sei; damit wollen offenbar Mängel behauptet werden, welche den Werth der Waare oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern (Art. 243 des O.-R.). Es ist auch gesagt worden, die Waare sei nicht musterconform, und es hat dann der Vertreter der Klägerin seltsamer Weise sogar verlangt, daß der Beklagte die in Art. 267 des O.-R. für den Kauf nach Probe vorgeschriebene Versicherung der Identität des von ihm vorgewiesenen mit dem empfangenen Muster abgebe. Es dürfte aber doch nachgerade bekannt sein, daß die bloße Zustellung eines Musters das Kaufsgeschäft nicht ohne Weiteres als einen Kauf nach Probe im Sinne des Art. 267 des O.-R. qualifizirt. Daß das dem Beklagten übersandte Muster nur ein sogen. Ausfall oder Typmuster war, geht schon daraus hervor, daß im Bestellbriefe vom 6. Feburar d. J. auf dasselbe mit keiner Silbe Bezug genommen worden ist.

2. Die Klägerin ihrerseits replicirt gegenüber der Wandelungseinrede, daß die Mängelrüge wegen nicht rechtzeitiger Reklamation verwirkt sei. Sie behauptet nämlich, die Correspondenzkarte des Beklagten vom 20. März 1887 enthalte keine Bemängelung im Sinne dss Gesetzes und die Dispositionsstellung im Schreiben vom 2. April sei unter allen Umständen verspätet. — In erster Linie wird die Frage zu prüfen sein, ob der Beklagte die Mängelrüge rechtzeitig angebracht habe. Daß im vorliegenden Falle eine erst nach Ablauf von 19 Tagen nach Empfang der Waare stattgefundene Dispositionsstellung eine rechtzeitige nicht genannt werden kann, bedarf keiner weitern Ausführnng. Der Beklagte behauptet selbst nicht, daß es sich um Mängel handle, welche bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar gewesen seien; dagegen stützt er sich darauf, daß er vor Ankunft der Waare verreist und bis zum 22. März fortgewesen sei, so daß sich aus diesem Grunde die Untersuchung der Waare verzögert habe. Nun leuchtet aber ein, daß ein ordentlicher Geschäftsgang in einem solchen Falle die Bestellung eines Stellvertreters erfordert, welcher die Untersuchung der Waare rechtzeitig vornehmen kann, der ordentliche Geschäftsgang muß aber auch als der übliche angesehen werden. Daß der Beklagte selbst diese Auffassung getheilt hat, geht daraus hervor, daß er nicht bis zu

seiner Rückkunft stillgeschwiegen, sondern auf der Geschäftsreise die Correspondenzkarte vom 20. März geschrieben hat, nachdem ihm das Resultat einer von seinem Angestellten vorgenommenen Untersuchung mitgetheilt worden war.

3. Es kommt daher lediglich noch jene Anzeige vom 20. März in Betracht, von welcher kaum wird gesagt werden können, daß sie nicht innert der im üblichen Geschäftsgange zu beobachtenden Frist erfolgt sei. Anders verhält es sich mit der Frage, ob man es hier mit einer ordnungsmäßigen, gesetzmäßigen Mängelanzeige zu thun habe. Im Allgemeinen wird verlangt werden dürfen, daß die Reklamation den Verkäufer nicht im Zweifel darüber lasse, daß Käufer die Waare wegen nicht vertrags- oder gesetzmäßiger Beschaffenheit beanstande, dagegen schreibt Art. 246 eine förmliche Dispositionsstellung nicht vor. Nun geht aus der Correspondenzkarte vom 20. März keineswegs hervor, daß der Beklagte die Cartonsendung als nicht empfangbar bezeichnen wolle, es ist vielmehr darin nur so viel ausgesprochen, die Waare sei nicht ganz zu seiner Zufriedenheit ausgefallen; mit dem Vorschlag, die Klägerin möge Papierspäne in Gegenrechnung nehmen, wird auf eine etwelche Preisreduktion hingewiesen. Der Verkäufer konnte aus dieser unbestimmten Fassung der Anzeige nicht entnehmen, daß der Käufer die Waare nicht behalten wolle, oder ob es Letzterem nur darum zu thun sei, eine Preisermäßigung zu erwirken.

4. Es entsteht weiter die Frage, ob nicht eine gewisse Substanzürung der Mängelrüge erforderlich sei, wenigstens in dem Sinne, daß die vorhandenen Abweichungen der gelieferten Waaren von der vertrags- oder gesetzmäßigen Beschaffenheit im Allgemeinen angegeben werden. Hiefür spricht einmal der Wortlaut des Art. 246 des O.-R., welcher dem Käufer zur Pflicht macht, von allfälligen „Mängeln", welche sich bei der Untersuchung der Waare ergeben, und für welche der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, dem Letzteren Kenntniß zu geben. Jenes Erforderniß folgt aber auch aus der Absicht des Gesetzes. Damit der Verkäufer sich darüber schlüssig machen kann, ob die Reklamation eine berechtigte sei oder ob er sie zurückweisen dürfe, muß er aus derselben ersehen können, welches die Abweichung von der vertrags- oder gesetzmäßigen Beschaffenheit sei, aus der der Käufer die Nichtempfangbarkeit ableitet. Auf diesem Boden steht denn auch die deutsche Gerichtspraxis, welche sich hinsichtlich der Auslegung des Art. 347 des deutschen Handelsgesetzbuches herausgebildet hat, und dahin geht, daß eine allgemeine Erklärung über die Unzufriedenheit mit der empfangenen Waare nicht genüge, daß vielmehr der Käufer die Mängelrüge gehörig zu substanziiren und daher mindestens im Allgemeinen dem Verkäufer zu erkennen zu geben habe, es werde die Waare wegen nicht vertrags- oder gesetzmäßiger Beschaffenheit beanstandet (Seufferts Archiv Bd. XXXVI S. 88, Bd. XXXX S. 434, siehe auch Fuchsberger, Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. I pag. 565). Freilich ist auch ausgesprochen worden, daß, da die Untersuchung der Waare keine nach allen Seiten hin scrupulöse sein könne, die Anzeige der Bemängelung keine in das Detail eingehende zu sein brauche. Die Auslegung des Art. 246 des O.-R. darf sich um so eher an die deutsche Gerichtspraxis anlehnen, da jener dem Art. 347 des deutschen H.-G.-B. nachgebildet ist.

5. Prüft man nun den Inhalt der Correspondenzkarte des Beklagten vom 20. März auf das Vorhandensein der für eine gehörige Mängelrüge aufgestellten Erfordernisse, so ist sofort klar, daß von einer solchen hier nicht gesprochen werden kann. Der Beklagte hat es unterlassen, auch nur irgend einen der Waare seiner Ansicht nach anhaftenden Mängel anzugeben, obschon diejenigen Fehler, welche er heute namhaft gemacht hat, bei der Untersuchung sich sofort ergeben mußten, die streitige Cartonsendung hat also gemäß Art. 246 Abs. 2 des Obligationenrechts auch hinsichtlich dieser angeblichen Mängel als genehmigt zu gelten, woraus ohne Weiteres folgt, daß die auf Bezahlung des Kaufpreises gerichtete Klage unter Kostens- und Entschädigungsfolge gutzuheißen ist.

Schluss:

1. **Der Beklagte ist schuldig, an die Klägerin 930 Fr. 40 Rp., verfallen mit 12. Juni 1887, sowie von da an Zins à 6 % zu bezahlen.**
2. **Die Staatsgebühr ist auf 70 Frkn. angesetzt.**
3. **Der Beklagte hat die Kosten des Prozesses zu tragen.**
4. **Derselbe hat der Klägerin eine Prozeßentschädigung von 80 Fr. zu bezahlen.**
5. **Mittheilung.**

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. September 1887. VI. Band. № 17.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

der

Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

vom 27. August 1887

in Sachen

des *J. J. Arbenz-Näf* in Riesbach, Beklagten und Appellanten,

gegen

Johannes Dubs-Bauer, alt Gastwirth in Zürich, Kläger und Appellat,

betr. Forderung aus unerlaubter Handlung.

Verwendung eines fremden Namens als Hôtelname.

Thatsächliches:

Im Oktober 1882 kaufte der Beklagte und Appellant Arbenz-Näf in Riesbach von der Konkursmasse der Frau Lamprecht-Weber in Zürich das Wohnhaus Nr. 58 am Limmatquai daselbst, in welchem schon seit Jahren unter dem Namen „Hotel Concordia" die Gastwirthschaft betrieben worden war. Am 16. Dezember 1882 schloß er dann mit dem Kläger und Appellaten Dubs, dem ehemaligen langjährigen Schützenhauswirth, einen Mieth- beziehungsweise Pachtvertrag ab, wodurch er sich verpflichtete, demselben das genannte Haus seinem ganzen Umfange und Inhalte nach mit Tavernenrecht (Hotel Concordia) zur miethweisen Benutzung zu überlassen. Der jährliche Zins wurde auf 7000 Fr. festgesetzt, jedoch mit dem Zusatz, daß wenn das Geschäft ein nachweisbar lohnendes sei, 8500 Fr. bezahlt werden müssen. Der Antritt der Miethe fand am 1. Januar 1883 statt und es ist die Dauer derselben auf 4 Jahre, also bis zum 31. Dezember 1886 festgesetzt und dem Miether während dieser Zeit bezüglich des Gasthauses ein Vorkaufsrecht eingeräumt worden.

Am 18. Januar 1883 kam Dubs zu seinem Vermiether, eröffnete ihm, daß der Hotelname „Concordia" keinen guten Klang mehr habe, weil der Gasthof unter der frühern Inhaberin heruntergekommen sei und daß es daher wünschbar wäre, denselben durch einen andern zu ersetzen. Die Parteien wurden einig, daß von nun an der Name: „Hotel Dubs" verwendet werden dürfe. Am gleichen 18. Januar stellte Arbenz-Näf beim Regierungsrath das Gesuch um Uebertragung des bisher der Frau Lamprecht zugestandenen Tavernenrechtes, dessen Concession erst mit dem 21. April 1887 zu Ende ging, auf seinen Namen *und auf Abänderung des Tavernennamens »Concordia« in den Namen*

»Hotel Dubs« und es beschloß darauf der Regierungsrath unterm 3. März 1883: „Die Uebertragung des Tavernenrechtes No. 373, bisher Hotel Concordia genannt, in Zürich auf den Namen Arbenz-Näf in Riesbach *und die Abänderung des Namens in »Hotel Dubs« wird bewilligt.*" Sofort bestellte der Vermiether Arbenz auch eine neue Holztafel, auf welcher in vergoldeten Metallbuchstaben der Name „Hotel Dubs" angebracht und die sodann am Hause gegen den Limmatquai hin befestigt wurde; ferner ließ er zwei rothe Laternenscheiben mit dem Namen: „Hotel Dubs" und „Gasthof Dubs" anfertigen und an den beiden Hausecken gegen die Straße anbringen, und endlich behauptet derselbe, einen neuen Stempel angeschafft und alle Linge sowie das Geschirr mit dem neuen Namen „Hotel Dubs" gezeichnet zu haben.

Dubs kaufte das Gasthaus nicht und auch das Pachtverhältniß wurde nicht erneuert, sondern ging mit dem vertraglich vorgesehenen Zeitpunkt, dem 31. Dezember 1886 zu Ende. Der Kläger behauptet, daß er anläßlich seines Auszuges den Namen „Hotel Dubs" entfernt habe. Am 21. März 1887 stellte Arbenz beim Regierungsrath das Gesuch um Erneuerung der mit dem 21. April zu Ende gehenden Concession für die Tavernenberechtigung *und um Bewilligung, das Tavernenrecht auch weiterhin unter der gleichen Firma: »Hotel Dubs« ausüben zu dürfen.* Mit Beschluß vom 7. April 1887 entsprach der Regierungsrath dem Gesuche in der Form, daß er erklärte, es werde dem Arbenz-Näf auf sein eigenthümliches Haus No. 58 am Limmatquai in Zürich auf die gesetzliche Dauer von 20 Jahren, vom 21. April 1887 angerechnet, gegen eine Recognitionsgebühr von 1500 Fr. ein Tavernenrecht No. 373, zum „Hotel Dubs" genannt, neuerdings bewilligt. Am 7. Mai 1887 bezahlte Arbenz die Recognitionsgebühr von 1500 Frkn. und erhielt das Patent.

Schon am 26. April hatte indeß Dubs beim Friedensrichteramt Zürich Klage eingeleitet über die Streitfrage, ob der Beklagte (Arbenz-Näf) nicht verpflichtet sei, sich des Gebrauches der Bezeichnung: „Hotel Dubs" für seinen am Limmatquai gelegenen Gasthof zu enthalten. In der am 2. Juni 1887 vor Bezirksgericht Zürich stattgehabten Hauptverhandlung stützte sein Vertreter das Klagebegehren auf folgende zwei Standpunkte:

1. Ein Hotel- und Tavernenname sei ähnlich dem Firmanamen und es müssen deßhalb hier die Grundsätze über Firmenrecht analog zur Anwendung gebracht werden. Das Prinzip der Wahrheit, wie es in Art. 867 des O.-R. aufgestellt sei, müsse auch hier gelten. Der Beklagte dürfe nicht einen fremden Namen als Hotel- oder Geschäftsfirma führen, thue er dies doch, so mache er sich des *un*befugten Gebrauchs einer Firma schuldig und es könne somit nach Art. 876 jeder Dritte, der dadurch beeinträchtigt werde, auf Unterlaßung dieser Firmaführung klagen, der Kläger aber werde in der That beeinträchtigt, weil er, sobald es ihm convenire, die Gastwirthschaft in einem andern Hause neuerdings zu betreiben, gehindert sei, dieß unter seinem eigenen Namen zu thun oder wenn er das noch könne, der gleichlautende Konkurrenzname ihn schädige.

2. Auch abgesehen von den Bestimmungen über das Firmenrecht müsse jeder Person Schutz gegen Mißbrauch ihres Namens gewährt werden, denn nur ihr stehe ein Recht auf Gebrauch desselben zu.

Der Beklagte bestritt, daß hier die Grundsätze über Firmenrecht zur Anwendung gebracht werden können, weil er überhaupt kein Geschäft, also ein solches auch nicht unter einem bestimmten Namen betreibe und ein Tavernenname sowohl nach Form als Inhalt etwas ganz Anderes sei als eine Firma. Ebenso negirte er, daß dem Kläger deßwegen ein Klagerecht zustehe, weil er den Namen Dubs als Geschlechtsname führe, weil sonst jeder Baur, Löwe, Stern etc. Beseitigung der entsprechenden Hotelnamen verlangen könnte. Der Kläger habe ferner absolut kein Interesse an der Gutheißung seines Begehrens und müsse unter allen Umständen deßwegen abgewiesen werden, weil er seine Zustimmung zur Verwendung des Namens „Hotel Dubs" ohne jede zeitliche Beschränkung, d. h. in der Meinung gegeben habe, daß das Gasthaus denselben so lange führen dürfe,

als die Gastwirthschaft in demselben überhaupt betrieben werde. Dieß ergebe sich unter Anderm auch daraus, daß der Name „Dubs“ nur deßhalb gewählt worden sei, weil er eben ein allgemein bekannter und geläufiger Name sei, ein Name, der überhaupt und speziell bei den Westschweizern, die das Hotel hauptsächlich frequentiren, einen guten Klang besitze. Uebrigens werde der Klage in erster Linie und vor allem aus die Incompetenzeinrede entgegengestellt, weil es ausschließlich Sache der Regierung sei, Tavernenrechte zu verleihen und deßhalb auch ihr allein, nicht aber den Gerichten das Recht zustehe, darüber zu entscheiden, ob ein bestimmter Tavernenname geführt werden dürfe oder nicht.

Der Kläger stellte in Abrede, dem Beklagten irgend ein Recht zum Gebrauch seines Namens als Hotelname eingeräumt zu haben. Der Name „Hotel Dubs“ sei lediglich gewählt worden, weil eben gerade er der damalige Bewerber der Gastwirthschaft gewesen sei; man habe damit dem Publikum anzeigen wollen, daß derselbe Dubs, welcher im alten Schützenhaus gewesen, nunmehr das ehemalige Hotel Concordia betreibe und die Meinung sei daher auch naturgemäß dahin gegangen, daß das Gasthaus nur so lange „Hotel Dubs“ heißen dürfe, als er, der Kläger, der Träger des Namens Dubs, dasselbe betreibe. Davon, daß dem Regierungsrath das Recht der Namensverleihung zustehe, sei keine Rede.

Das Bezirksgericht Zürich entschied den Prozeß sofort nach beendigter Hauptverhandlung *im Sinne der Gutheissung der Klage, verbot also dem Beklagten, sich fernerhin der Bezeichnung »Hotel Dubs« für seinen Gasthof zu bedienen.*

Die Urtheilsbegründung läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen:

1. Der Einwand des Beklagten, daß man es im vorliegenden Falle mit einer Verwaltungssache, die also auch nur durch eine Verwaltungsbehörde zu entscheiden sei und nicht mit einer Rechtssache zu thun habe, hätte, seine thatsächliche Richtigkeit vorausgesetzt, nur zur Klagabweisung angebrachtermaßen, nicht aber zur Incompetenzerklärung führen können, weil nur dann von Incompetenz eines Gerichtes gesprochen werden könne, wenn dasselbe in Rücksicht auf seinen Sitz oder den Streitgegenstand zur Behandlung und Erledigung der Sache nicht befugt sei, niemals aber dann, wenn die Sache überhaupt nicht durch eine richterliche Behörde entschieden werden dürfe. Indessen sei der Einwand unrichtig, weil sich die anhängige Streitsache offenbar als Rechtssache und nicht als Verwaltungssache qualificire.

2. In materieller Beziehung sei dem Beklagten darin beizupflichten, daß die in den Artikeln 867 und 876 enthaltenen Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts nicht als rechtliches Klagefundament dienen können. Allerdings bestehe, besonders was den Zweck und Gebrauch anbelange, eine große Aehnlichkeit zwischen Taverne und Firma, allein diese Aehnlichkeit höre eben da auf, wo das Obligationenrecht Normen für die Firma aufgestellt habe. Durch das Gesetz sei zwischen der Firma und Taverne ein Unterschied gemacht, der natürlich seine rechtlichen Folgen habe, für die Firma sei eidgenössisches Recht maßgebend, während alle auf die Taverne bezüglichen Verhältnisse durch kantonales Recht geregelt seien.

3. Anderseits müsse nun aber dem Kläger das natürliche Recht auf Schutz gegen Mißbrauch seines Namens zuerkannt werden. Dasselbe fließe unmittelbar aus dem Begriff und dem Zweck des Namens, der ja dazu diene, die Personen von einander zu unterscheiden. Ein Interesse am Verbote des Mißbrauchs seines Namens hätte der Kläger nicht nachzuweisen, indessen bestehe dasselbe insofern, als ihm nur das Verbot die Möglichkeit gebe, seinen Namen später wieder ungeschmälert für sich als Hotelname verwenden zu können.

4. Hienach könnte die Klage nur dann abgewiesen werden, wenn der Beklagte zu beweisen im Stande gewesen wäre, daß der Kläger seine Einwilligung zur Verwendung des neuen Hotelnamens auch für den Fall gegeben habe, als er in keinerlei Beziehungen zum Gasthaus mehr stehe, von einem derartigen Beweise sei indessen keine Rede und

müsse deßhalb das verlangte Verbot gegeben werden.

Gegen dieses Urtheil appellirte der Beklagte und beantragte zweitinstanzlich Verwerfung der Klage. Zum Beweise dafür, daß selbst der Kläger bis zur Klaganhebung der Meinung gewesen sei, es habe Beklagter das Recht zum Gebrauche des Namens Dubs als Hotelname für die ganze Zeit des Wirthschaftsbetriebes in seinem Hause erworben, berief sich derselbe unter Vorlage eines vom 16. Februar 1887 datirten Inventars darauf, daß derselbe vier im Laufe der Pachtzeit angeschaffte Firmatafeln mit dem Namen „Hotel Dubs" käuflich an ihn abgetreten habe, bemerkend, daß diese Gegenstände für ihn keinen Werth mehr haben.

Der Kläger suchte um Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils nach und bestritt, daß auf die neu vorgebrachte Behauptung noch Rücksicht genommen werden dürfe.

Entscheidungsgründe:

1. Die Klage bezweckt Erwirkung eines gerichtlichen Verbotes gegen den Beklagten, seinem, am Limmatquai gelegenen Gasthof Nr. 58 fernerhin den Namen „Hotel Dubs" beizulegen und es bestreitet nun der Letztere zunächst, daß die Gerichte befugt seien, darüber einen Entscheid abzugeben, davon ausgehend, daß dieses Recht nur den Verwaltungsbehörden zustehe. Das Bezirksgericht negirt, daß die Frage, ob die Gerichte oder die Verwaltungsbehörden über den Klaganspruch zu entscheiden haben, eine Competenzfrage sei und spricht die Ansicht aus, daß der Einwand des Beklagten, seine materielle Richtigkeit vorausgesetzt, nur zur Abweisung der Klage angebrachtermaßen hätte führen können. Allein diese Auffaßung ist eine ganz augenscheinlich unhaltbare. Der Begriff der Competenz ist gleichbedeutend mit dem Recht und der Pflicht des angerufenen Richters zur Entscheidung einer ihm vorgelegten Streitfrage und daraus folgt, daß die Bestreitung dieses Rechtes und damit auch der Pflicht bezüglich eines concreten Streitverhältnisses eben nichts Anderes ist als die Bestreitung der Zuständigkeit des Gerichtes. Aus welchem Grunde diese Bestreitung erfolgt, ob deßwegen, weil gerade nur dem angerufenen Richter die Jurisdiction fehlt, währenddem sie einem andern zukäme oder deßwegen, weil sie den Gerichten überhaupt abgehe und den Verwaltungsbehörden zukomme, ist dabei völlig gleichgültig. Wenn ein Gericht findet, der Entscheid über die ihm vorgelegte Streitfrage stehe den Gerichten überhaupt nicht, sondern den Verwaltungsbehörden zu, so hat es eben gewiß die Klage von der Hand zu weisen, das kann es aber nur in der Form eines Incompetenzbeschlusses thun und nicht auf dem Wege einer Abweisung der Klage angebrachtermaßen, denn diese ist nur in der Form eines Urtheils möglich, bedingt also ein Eintreten in die Sache selbst, wenn auch nur in formeller Beziehung, währenddem die Annahme, daß die Streitsache die Gerichte gar nichts angehe, jedes Eintreten auf die Sache ihrerseits von selbst ausschließt. Die unrichtige Einleitung oder Anbringung einer Klage, welche die Abweisung derselben angebrachtermaßen rechtfertigt und die Einleitung derselben beim nicht zuständigen Gericht, sind ganz verschiedene Dinge. Das Gericht kann nicht zuständig, die Klage aber demnach vollständig richtig eingeleitet sein. Die Einleitung beim Gericht, währenddem die Verwaltungsbehörden zuständig sind, ist nicht eine unrichtige Einleitung beim erstern, sondern eine Einleitung bei der unrichtigen, d. h. nicht zur Entscheidung befugten und berechtigten, also incompetenten Stelle. Eine Abweisung angebrachtermaßen kann nur erfolgen, wenn, die Zuständigkeit des angerufenen Richters vorausgesetzt, die Einleitung der Klage bei ihm nicht in der prozessualisch richtigen Form, z. B. ohne Weisung, mit Umgehung des Sühnverfahrens etc. stattgefunden hat.

2. Materiell ist nun aber die Einrede des Beklagten, daß nur die Verwaltungsbehörden zur Entscheidung der Streitfrage befugt seien, unbegründet und muß vielmehr die Zuständigkeit der Gerichte anerkannt werden. Es handelt sich um einen Streit rein privatrechtlicher Natur, denn die Frage ist nicht die, ob der Beklagte für seine Person einen andern als den ihm angestammten Familiennamen führen, den letztern ändern dürfe,

sondern die, ob er den Namen des Klägers für einen wirthschaftlichen Zweck zu verwenden befugt sei und dieß bestreitet der Kläger auf Grund der Behauptung, daß die besagte Verwendung seines Namens einen Eingriff in seine privatrechtlichen Befugnisse und Interessen enthalte, der Entscheid darüber aber, ob dieß richtig sei oder nicht, steht gewiß einzig den Gerichten zu. Dem gegenüber macht nun der Beklagte freilich geltend, die zürcherische Tavernengesetzgebung gebe dem Regierungsrath nicht nur das Recht zur Verleihung der Befugniß, eine Gastwirthschaft zu betreiben, sondern auch zur Verleihung der Berechtigung, dieß unter einem bestimmten Namen zu thun und daraus folge, daß dieser auch allein zuständig sein müsse, darüber zu entscheiden, ob ein Gastwirth zur Führung dieses oder jenes Namens befugt sei oder nicht. Allein der Beklagte ist nicht im Stande gewesen, eine Gesetzesstelle zu bezeichnen, welche eine so weit gehende Befugniß konstatiren würde und der Grund liegt einfach darin, daß eine solche Gesetzesstelle nicht besteht (siehe offz. S. Bd. II pag. 30, 68, 69, 70 und Bd. III pag. 337). Hätte der Gesetzgeber dem Regierungsrath ein soweit gehendes Recht einräumen wollen, so hätte er dafür sorgen müssen, daß den Privaten vor der Verleihung Gelegenheit zur Einsprache gegeben werde und hätte die Verleihung erst nach Erledigung dieser Einsprachen ausgesprochen werden können. Daß auch dieß nicht geschehen ist, beweist vollends die Unstichhaltigkeit des beklagtischen Standpunktes. Ein Gegenargument liegt namentlich auch darin nicht, daß der Regierungsrath, wie es scheint, — der Verleihung der Gasthofberechtigung gewöhnlich noch den Zusatz beigefügt hat, es dürfe der Berechtigte die Concession auf den und den bestimmten Namen ausüben. Dieser Zusatz war überflüssig und weil nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruhend, rechtlich völlig wirkungslos. Die dießfällige Praxis stellt sich als ein Abusus dar, an dem richtigerweise nicht weiter festgehalten werden sollte.

3. Uebergehend auf das Materielle der Streitsache, leitet der Kläger seinen Anspruch auf Erlassung des im Eingange von Erwägung 1 genannten Verbotes zunächst aus dem Firmenrecht ab, allein mit Unrecht. In Frage kann hier nur kommen, ob der Art. 876 des O.-R. dem Kläger den geltend gemachten Anspruch garantire, beziehungsweise, ob die Klage auf Unterlassung der weitern Namensverwendung „Hotel Dubs" aus dieser Gesetzesstelle hergeleitet werden könne oder nicht und dieß ist nun zu verneinen. Diese Gesetzesstelle gibt eine Klage gegen den unbefugten Gebrauch einer Firma und zwar jedem, der dadurch beeinträchtigt wird. Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall ist demnach vor Allem aus, daß sich die Verwendung des Namens „Dubs" als Hotelname durch den Beklagten als Gebrauch einer Firma darstelle, denn ist dieß nicht der Fall, d. h. liegt eine Firmaführung überhaupt nicht vor, so kann sie natürlich weder als eine befugte noch als eine unbefugte bezeichnet werden und nun ist dahin zu entscheiden, daß der Hotelname keine Firma ist. Unter dieser versteht man den Namen, unter welchem Jemand ein Geschäft betreibt, ohne Rücksicht darauf, ob dieses ein Handels- oder ein anderes Geschäft sei. Wenn man nun aber auch annehmen will, der Beklagte betreibe die Gastwirthschaft durch die Person eines Pächters, so geschieht das nicht unter dem Namens Dubs, sondern unter dem bürgerlichen Namen des Pächters, denn dieser braucht in seinem geschäftlichen Verkehre nach außen nur den letztern, contrahirt unter diesem und nicht unter dem Namen Dubs. Sein bürgerlicher Name ist also der Geschäftsname oder, wenn man will, die Firma und es könnte sich nur fragen, ob, wenn er dabei den Zusatz „Hotel Dubs" brauchen würde, dieser nicht als Bestandtheil der Geschäftsfirma betrachtet werden müßte, allein diese Frage kann hier unentschieden gelassen werden, weil nicht behauptet wird, daß der Beklagte bezw. sein Pächter den Hotelnamen wirklich als Zusatz zum Geschäftsnamen brauche. Uebrigens wäre dieselbe wohl auch eher zu verneinen und dahin zu schließen, daß der Hotelname nichts Anderes als ein Hausname sei und dessen Verwendung als Zusatz zur Firma sich nur als eine

genauere Ortsangabe zur letztern darstelle. Wollte man aber einen derartigen Zusatz zur Firma auch wirklich als eigentlichen Bestandtheil derselben behandeln, so müßte er als nähere Bezeichnung der Person des Firmainhabers gelten und wäre dann nach Art. 876 Absatz 2 des O.-R. zuläßig, weßhalb in diesem Falle zwar von einem Firmagebrauch, nicht aber von einem unbefugten gesprochen werden könnte.

Eine andere Frage ist die, ob nicht eine analoge Anwendung der Grundsätze des Firmenrechtes, speziell des Art. 868 des O.-R., auf den Fall zuläßig sei, wo ein bereits bestehender Hotelname von einem Dritten am nämlichen Orte verwendet werden will, darauf braucht aber hier nicht eingetreten zu werden.

4. Der Kläger stützt nun aber seinen Anspruch in zweiter Linie darauf, daß Dubs sein Geschlechtsname sei und kein Dritter, der nicht ebenfalls so heiße, denselben verwenden dürfe. In dieser abstrakten Form kann indessen der Satz nicht anerkannt werden, denn von Eigenthum an einem Namen zu sprechen, ist unthunlich. Dagegen folgt aus dem Charakter der Namensbezeichnung als Personenbezeichnung so viel, daß der Träger eines Namens gegen dessen Verwendung durch einen Dritten jedenfalls dann und insoweit Einsprache erheben kann, als dadurch auf seine Person hingewiesen und er durch diese Hinweisung in seinen Interessen oder persönlichen Verhältnissen beeinträchtigt oder wenigstens der nahen Gefahr einer solchen Beeinträchtigung ausgesetzt wird oder wenn ihm auch ohne genügende Hinweisung auf seine Person sonst ein Schaden daraus erwachsen könnte. Es wäre entschieden zu weit gegangen, wollte man verlangen, daß die Verwendung eines fremden Geschlechtsnamens, um unerlaubt zu sein, für den Träger desselben immer einen *ökonomischen* Schaden nach sich ziehen und daß dieser überdem ein unmittelbar eintretender sein müsse. Es muß vielmehr schon die bloße Drohung eines solchen Schadens und ebenso die Verletzung oder Gefährdung anderweitiger Interessen oder persönlicher Verhältnisse genügen, um die Unerlaubtheit der fremden Namensverwendung auszusprechen, denn wenn man auch, — wie schon angedeutet, abstrakt genommen, nicht wohl von Eigenthum am Namen sprechen kann, so entspricht es doch nur der Natur der Sache, jeder Person gleichsam das erste Anrecht an ihren angestammten Namen zuzugestehen und zwar in dem Sinne und Umfange, daß sie gegen jede Verwendung desselben protestiren kann, welche einen Eingriff in berechtigte Interessen derselben zur Folge hat oder sie auch nur der nahen Gefahr eines solchen Eingriffes aussetzt. So dürfte es z. B. keinem Zweifel unterliegen, daß die Verwendung eines fremden Namens in einem Sittenroman vom Träger desselben nicht geduldet zu werden braucht, wenn seine Person dadurch unliebsamen verletzenden Anspielungen ausgesetzt, die soziale Stellung derselben gefährdet wird (siehe Urtheil des tribunal civile de la Seine vom 15. Februar 1882 i. S. Duverdy ca. Zola, Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. I. pag. 61). Die Acception dieser, anscheinend vielleicht etwas weit gehenden Auffassung rechtfertigt sich denn auch um so eher, als keinerlei Bedürfniß besteht, gerade fremde Geschlechtsnamen zu wirthschaftlichen Zwecken zu verwenden, vielmehr anderweitige, dafür ebenso dienliche Namen genug zur Verfügung stehen.

5. Davon ausgehend ist zu untersuchen, ob die Verwendung des klägerischen Geschlechtsnamens durch den Beklagten eine Verletzung berechtigter Interessen des Klägers zur Folge habe oder ihn wenigstens der steten Gefahr einer solchen aussetze und diese Frage muß bejaht werden. Der Kläger hat die Gastwirthschaft im beklagtischen Hause während vier vollen Jahren und zwar unter dem, mit seinem persönlichen Namen übereinstimmenden Hotelnahmen „Dubs“ betrieben. Dadurch ist allgemein bekannt geworden, daß der Inhaber des „Hotel Dubs“ zum Limmatquai identisch sei mit der Person des Klägers, mit dem ehemaligen, auch in dieser Eigenschaft allbekannt gewordenen Schützenhauswirth und die Folge davon ist die, daß der Kläger in der Erinnerung des Publikums auch heute noch als Inhaber des „Hotel Dubs“ fortlebt und seine Person offen-

bar noch lange Zeit mit diesem Namen in Verbindung gebracht werden wird, denn die Verbreitung der Thatsache, daß ein neuer Pächter eingetreten ist, kann sich, so lange das Gasthaus selbst den Namen Dubs trägt und dadurch das Publikum immer und immer wieder an den Kläger erinnert wird, nur langsam und schwer vollziehen. Die Verwendung eines Geschlechtsnamens als Hotelname erweckt naturgemäß immer die Vorstellung, daß der letztere die Person des Inhabers der Gastwirthschaft anzeige und wenn nun dieses Verhältniß wirklich längere Zeit bestanden hat, wie hier und der Gastwirth, der dem Hotel seinen Namen gab, eine allbekannte Person ist, so wird sich jene Vorstellung an die Person des Letztern anklammern und nicht leicht zu beseitigen sein, um so weniger, wenn der neue Bewerber ein Interesse daran hat, diese Vorstellung fortwirken zu lassen, was gerade hier der Fall sein dürfte und um so weniger, wenn der Eigenthümer des Hotels die Wirthschaft nicht selbst betreibt, sondern dieselbe verpachtet und so die Möglichkeit eines vielfachen Wechsels in der Person des Gastwirthes eintritt. Hienach darf mit Sicherheit angenommen werden, daß die fortdauernde Verwendung des Namens „Hotel Dubs“ für das beklagtische Gasthaus die Folge hat, daß Kläger auch zukünftig noch vielfach als der Inhaber und Bewerber des letztern angesehen wird, die weitere Verwendung seines Namens durch den Beklagten also eine Hinweisung auf seine Person zur Folge hat, ihn auch fernerhin als Bewerber des Gasthauses erscheinen läßt, währenddem er es nicht mehr ist. Daraus entstehen zwei Nachtheile. Erstens schützt der Name des Klägers diesen nicht mehr vor Verwechslungen, währenddem das doch gerade der Zweck des Namens ist und sodann wird die Art der Wirthschaftsführung durch den gegenwärtigen Pächter und seine Nachfolger vielfach dem Kläger zugeschrieben werden und wenn nun auch nichts dafür vorliegt, daß diese zur Zeit eine schlechte, die dafür verantwortliche Person mißkreditirende ist, so kann sie es doch werden, wie sie es nach Angabe beider Parteien im nämlichen Gasthaus zu früherer Zeit aush schon gewesen sein soll und zwar ist die Möglichkeit jederzeit vorhanden, die Gefahr für den Ruf des Klägers eine stetige und zwar um so mehr, als die Verpachtung der Gastwirthschaft einen vielfachen Wechsel in der Person des Inhabers herbeiführen kann. Ferner ist nicht zu vergessen, daß in einem Hotel auch zufällig sonst viel Unangenehmes passiren kann, wofür aber im Publikum dennoch der Wirth, sei es in Folge ungenügender Aufklärung oder Mißverständniß, verantwortlich gemacht und seine Person dadurch in Mißkredit gebracht wird. Endlich macht der Kläger mit Recht darauf aufmerksam, daß sein Beruf der eines Gastwirthes ist, daß die Verhältnisse ihn jeden Augenblick zur Wiedereröffnung eines Gasthauses veranlassen können, daß sein eigener Name nach all dem angeführten der richtigste wäre, um von ihm als Hotelname verwendet zu werden und daß er nun aber denselben dennoch nicht wählen könnte, wenn ihn schon ein anderes Hotel am nämlichen Orte führen würde.

6. Davon ausgehend muß die Verwendung des klägerischen Namens durch den Beklagten als eine die berechtigten Interessen des Klägers schädigende und gefährdende bezeichnet werden, dieser Satz aber nach den früher gemachten prinzipiellen Ausführungen zur Gutheißung der Klage führen, falls dem Beklagten nicht eine wirksame Einrede zur Seite steht und dieß ist nicht der Fall. Zwar macht er geltend, es habe Kläger ihm die Verwendung seines Namens als Hotelname zeitlich unbeschränkt, d. h. für die ganze Zeit des Hotelbetriebes in seinem Hause am Limmatquai gestattet und es kann die Erheblichkeit dieses Vorbringens allerdings nicht in Abrede gestellt werden, allein dem Beklagten lag der Beweis für die thatsächliche Richtigkeit desselben ob und dieser ist nicht geleistet. Daß der Beklagte seinem an den Regierungsrath gerichteten Gesuch um Uebertragung der Tavernenberechtigung auch das weitere auf Abänderung des Namens beigefügt hat, beweist bloß, daß er von der irrthümlichen Annahme ausgegangen ist, er bedürfe der regierungsräthlichen Bewilligung auch für die Namensänderung, nicht aber daß er der Meinung gewesen sei, den neuen Namen wäh-

rend der ganzen Dauer der Tavernenberechtigung ohne alle Rücksicht darauf, ob der Kläger noch sein Pächter sei oder nicht, gebrauchen zu können und zu wollen, denn wenn das auch gar nicht seine Meinung war, sondern er im Gegentheil davon ausging, er sei zur Verwendung des neuen Namens nur so lange berechtigt, als *Kläger* die Gastwirthschaft betreibe, so lag ja absolut keine Veranlaßung vor, dieses Umstandes dem Regierungsrath gegenüber Erwähnung zu thun. Das Beweisanerbieten, daß Kläger den Beklagten bei Auswirkung der Concession unterstützt habe, ist zu allgemein und unerheblich, das erstere, weil die Thatsachen, in denen die Unterstützung gefunden wird, nicht bezeichnet wurden, und das letztere, weil eine bezügliche Unterstützung ja natürlich keinen Schluß darauf zuließe, daß Kläger die Verwendung seines Namens über die Dauer der Pachtzeit hinaus habe gestatten wollen. Die Anrufung der ohnehin aussichtlosen persönlichen Befragung des Klägers für dessen Einverständniß damit, daß Beklagter den Namen für die ganze Dauer des Patentes erwerbe, muß schon deßwegen unbeachtet bleiben, weil das Patent nur bis zum 21. April 1887 dauerte und somit die Berechtigung des Beklagten selbst bei Anerkennung dieser Behauptung mit dem genannten längst verflossenen Zeitpunkt dahingefallen wäre. Auch der Umstand, daß der Beklagte die Kosten der Namensänderung getragen hat, ist keineswegs schlüssig für die behauptete Vereinbarung, daß er den Namen über die Dauer des Pachtverhältnisses hinaus verwenden dürfe, denn es entspricht ganz der Natur der Sache, daß der Verpächter eines Hotels auch den Hotelnamen in die Pacht gibt und daß er demnach, will er diesen Namen ändern, auch die Aenderungskosten bestreitet. Der frühere Name „Concordia" hatte den guten Klang verloren und es lag somit die Ersetzung desselben im Interesse beider Parteien, also auch in demjenigen des Beklagten. Der Pachtvertrag war auf die Dauer von 4 Jahren abgeschlossen und daneben hatten die Contrahenten die käufliche Uebernahme des Gasthauses durch den Kläger in Aussicht genommen. Ein guter Verkauf wäre dem Beklagten ohne Zweifel sehr angenehm gewesen und zwar namentlich an den ökonomisch gut situirten Kläger und so mag er denn der ziemlich sichern Hoffnung gewesen sein, daß der Kläger dauernd auf dem Gasthof bleiben werde, diese Hoffnung aber konnte ihn auch veranlassen, die Kosten der Namensänderung zu tragen trotz der Möglichkeit, daß sie nicht in Erfüllung gehen und dann eine neue Aenderung erforderlich werden könnte. Heute hat sich der Beklagte für die Richtigkeit seines Standpunktes ferner darauf berufen, daß Kläger vier im Laufe der Pachtzeit angeschaffte Firmatafeln nach Auflösung des Verhältnisses käuflich an ihn abgetreten habe und zum Beweise dafür ein Inventar nebst einem Briefe seines Verwalters vorgelegt, allein wegen verspäteten Vorbringens kann auf diese Behauptung keine Rücksicht mehr genommen werden. Das Inventar datirt vom 16. Februar und ist vom beklagtischen Verwalter am 5. April abgenommen worden, woraus folgt, daß die Thatsache, auf die hier abgestellt wird, beim Beginn des Prozesses schon bestanden hat, ferner war sie dem Stellvertreter des Beklagten bekannt und damit ist natürlich von selbst gesagt, daß auch er dieselbe bei Anwendung des erforderlichen Fleißes rechtzeitig hätte kennen können. Auch diese Firmatafeln sind ja offenbar auch seit der Lösung des Pachtverhältnisses stets verwendet worden, der Beklagte wußte, daß er dieselben seiner Zeit nicht angeschafft hatte, mußte demnach annehmen, daß sie vom Kläger herrühren und hatte folglich gewiß alle Veranlaßung, sich rechtzeitig nach den nähern Umständen zu erkundigen. Der Verkauf der Firmatafeln schließt aber auch nicht von selbst die Einräumung der Berechtigung zum Gebrauch derselben *mit dem alten Hotelnamen* in sich, sondern es kann die Meinung ganz gut die gewesen sein, daß der neu zu erwerbende Name auf die Tafeln gebracht werde, woraus folgt, daß eventuell die Erheblichkeit der vorgebrachten Thatsache fehlen würde. Endlich spricht auch das Motiv, welches zur Wahl des in Frage stehenden Hotelnamens geführt hat, gegen die beklagtische Behauptung, daß Kläger die Verwendung seines Namens *für alle Zeiten* habe gestatten wollen,

denn es liegt dasselbe ganz offenbar einfach darin, auf diese Weise dem Publikum anzuzeigen, daß der bekannte Schützenhauswirth Dubs nunmehr am Limmatquai ein Gasthaus betreibe, wodurch man die Frequenz des letztern schon von Anfang an bedeutend zu erhöhen hoffte, ein Umstand, der nicht nur im Interesse des Klägers, sondern auch in demjenigen des Beklagten lag, weil je besser das Geschäft ging, desto eher eine käufliche Uebernahme durch den Kläger erwartet werden konnte; es mag ja sein, daß auch daran gedacht wurde, es werde der Name „Dubs" Erinnerungen an den verstorbenen Bundesrath wecken und diese Erinnerungen dürften dem Hotel ebenfalls von Nutzen sein, allein ausschlaggebend war offensichtlich und naturgemäß der erstere Grund. Zum Schlusse mag bemerkt werden, daß die für den Beklagten günstigste Auffassung aller Verhältnisse keinenfalls mehr beweisen kann, als daß vielleicht er den neuen Hotelnamen in der That für die ganze Dauer des Hotelbetriebes ohne Rücksicht auf die Person des jeweiligen Gastwirthes, zu erwerben glaubte, daß aber natürlich darauf nichts ankommen kann, so lange der Beweis dafür fehlt, daß der Beklagte diese Willensmeinung in einer für den Kläger deutlich erkennbaren Weise kund gegeben und der letztere dieselbe acceptirt hat, das Fehlen dieses entscheidenden Beweises aber in der That außer Zweifel stehen dürfte.

7. Muß nach dem Gesagten die beklagtische Einrede, daß Kläger ihm die zeitlich unbeschränkte Verwendung seines Namens als Hotelname vertraglich gestattet habe, verworfen werden, so folgt daraus nach den frühern Ausführungen die Gutheißung der Klage, also Verwerfung der Appellation und Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils unter den gewöhnlichen prozessualischen Folgen für den Beklagten.

Schluss:

Die Appellation des Beklagten ist unbegründet und derselbe demnach verpflichtet, sich fernerhin des Gebrauches der Bezeichnung „Hotel Dubs" für seinen am Limmatquai gelegenen Gasthof zu enthalten.

Schadenersatzklage

aus Vertragsbruch von Seite eines Pächters gegenüber dem Verpächter. Voraussetzungen derselben. Die bloße Erklärung, nicht erfüllen zu wollen, begründet nur dann einen Vertragsbruch, wenn sie der wirklichen Nichterfüllung gleichkommt (Art. 111 des O.-R.). Die Nichterfüllung der dem Verpächter gemäß den Art. 297 und 277 des O.-R. obliegenden Verpflichtung zur gehörigen Instandhaltung der Pachtobjekte, berechtigt den Pächter nur dann, ihn als *vollständig* vertragsbrüchigen Theil zu behandeln und auf Ersatz des ihm aus einem *vollständigen Vertragsrücktritt* resultirenden Schadens zu belangen, wenn die Voraussetzungen der Art. 122—125 des O.-R. vorliegen.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 23. August 1887).

Paul Reinhardt in Havre ist Eigenthümer eines ziemlich umfangreichen landwirthschaftlichen Gewerbes auf dem „Heiligenberg" in Winterthur. Schon im Jahre 1860 verpachtete er denselben an den Landwirth Jakob Gnehm und es wurde das Pachtverhältniß jeweilen nach Ablauf der vertraglich festgesetzten Zeit wieder erneuert. Der letzte Vertrag wurde am 2. Februar 1882 auf die Dauer von 8 Jahren, d. h. bis Lichtmeß 1890 abgeschlossen. Zu den Pachtobjekten gehörten neben den landwirtschaftlichen Gütern ein Wohnhaus nebst Waschhaus, Scheune, Stallungen, Wagenschopf und Trotte. Der jährliche Pachtzins ist in dem genannten Vertrag auf 2600 Fr. angegeben, zahlbar in vierteljährlichen Raten von je 650 Fr. mit 1. Mai, 1. August, 1 November und 1. Februar jedes Jahres. In der Nacht vom 25./26. Dezember 1886 brannten nun die sämmtlichen angeführten Pachtgebäulichkeiten vollständig ab. Die Brandursache kann nicht als festgestellt betrachtet werden, denn es wurde zwar ein ehemaliger Knecht des Pächters der vorsätzlichen Brandstiftung angeklagt und vor Schwurgericht gestellt, von diesem aber freigesprochen.

Am 3. Januar 1887 schrieb der vorübergehend nach Winterthur zurückgekehrte Ver-

pächter Reinhardt an Gnehm: „In Folge des Brandes meines Oekonomiegebäudes zeige Ihnen hiemit an, daß ich mich von dem mit Ihnen abgeschlossenen Pachtvertrag meines Landgutes entbunden betrachte.“ Gleichzeitig theilte er mit, daß der Agent der Versicherungsgesellschaft beauftragt sei, die Assekuranzentschädigung für dasjenige Quantum Heu, Emd und Stroh, welches der Pächter bei Beginn der Pacht übernommen habe und nach Beendigung derselben zurückzuerstatten verpflichtet sei, ihm, dem Verpächter direkt auszuzahlen. Mit Brief vom 4. Jenner antwortete Gnehm: „Ihre gestrige Zuschrift setzt mich in Erstaunen. Einmal hatten Sie noch zwei Stunden vor Ankunft derselben geäußert, daß Sie sich einen Monat Bedenkzeit vorbehalten. Zweitens kann ich Ihre Anschauung, wornach der Pachtvertrag durch die Thatsache des Brandes sein Ende erreicht habe, gar nicht theilen, ein Pachtvertrag ist gar kein Miethvertrag. Zu der von Ihnen signalisirten Anzeige an den Versicherungsagenten hatten Sie keine Befugniß und ich sehe mich genöthigt, dem letztern eine entgegengesetzte Anzeige zukommen zu lassen. Es thut mir sehr leid, daß zu all dem Unglück, das mich betroffen, noch eine Differenz hinzukommen soll. Ich hoffe immer noch, daß Sie Ihre Entscheidung ändern werden.“ Diesen Brief beantwortete das Advokaturbureau Brunner und Ziegler Namens des Herrn Reinhardt mit Zuschrift an Herrn Gnehm vom 6. Januar dahin, es müsse die Erklärung vom 3. Januar bestätigen, zumal es die rechtliche Auffassung betreffend Erlöschen des Pachtverhältnisses theile. „Allerdings — wird weiter gesagt — sind Pacht und Miethe nicht identisch, aber auch der Verpächter ist nicht zu förmlichen Neubauten, sondern nur zu Hauptreparaturen verpflichtet. Unbedingt kann er nicht zum Bauen verpflichtet werden. Fällt aber die Benutzung von Wohnung, Scheune, Stall, Schopf etc. weg und verbleiben nur noch die landwirtschaftlichen Güter als Pachtobjekte, so haben wir eben ein ganz anderes Objekt, einen neuen Pachtzins und einen neuen Vertrag. Ein Weg der Verständigung könnte nun vielleicht insofern gesucht werden als betreffend der landwirthschaftlichen Güter ein neuer Vertrag zu Stande käme, wenn Sie für Vieh und Vorräthe anderswo Unterkunft wissen, aber immerhin müssen wir an dem Satz festhalten, der Eigenthümer ist zum Aufbau nicht verpflichtet. Betreffend die Anweisung an den Versicherungsagenten ist lediglich auf § 8 des Pachtvertrages zu verweisen. *Sollten Sie mit dieser unserer Auffassung nicht einig gehen, so gewärtigen wir Ihre weitern Schritte.*“ Eine Antwort gab Gnehm auf diesen Brief nicht, er zog aber Ende Januar 1887 vom Heiligenberg, wo er seit dem Brande in der Villa des Verpächters Unterkunft gefunden hatte, weg in die Stadt, bezog dort mit seiner Familie eine selbstgemiethete Wohnung und verkaufte gleichzeitig sein sämmtliches Vieh.

Am darauffolgenden 9. Februar leitete der Verpächter Reinhardt beim Friedensrichteramt Klage gegen Gnehm ein und übermittelte am 25. gl. Mts. dem Bezirksgericht Winterdie Weisung. Als 1te Streitfrage ist in dieser die nachfolgende aufgeführt:

„Ist der Pachtvertrag als mit dem 26. Dezember 1886 aufgehoben zu erklären?“

In zwei weitern Streitfragen verlangt der Kläger Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des Pachtratazinses vom 1. Nov. bis 26. Dezember 1886 und zur Restitution gewisser, dem Pächter s. Z. übergebener Quantitäten Heu, Emd, Stroh und anderer, jedoch nicht vertretbarer Inventargegenstände.

Am 1. März 1887 verstarb der schon zur Zeit des Brandes krank gewesene Beklagte und es traten seine Kinder als Universalsuccessoren in den Prozeß ein.

In der bezirksgerichtlichen Hauptverhandlung begründete der Kläger sein erstes und Hauptbegehren, daß der Pachtvertrag als mit dem 26. Dezember 1886 aufgehoben erklärt werde, damit, daß die Pachtgebäulichkeiten am genannten 26. Dezember 1886 durch Zufall untergegangen, ihm dadurch die weitere Vertragserfüllung aus Gründen, die er nicht zu verantworten habe, unmöglich geworden und damit der Vertrag selbst gemäß Art. 145 Abs. 1 des O.-R. dahingefallen sei. Die Beklagten erklärten sich mit dem Rechtsbegehren selbst, d. h. damit, daß der Pacht-

vertrag als aufgehoben bezeichnet werde, einverstanden, bestritten aber, daß Unmöglichkeit der Erfüllung als Auflösungsgrund angenommen werden könne und machten vielmehr geltend, daß einseitiger und zwar grundloser Rücktritt vom Vertrage durch den Kläger als Auflösungsgrund erklärt und demgemäß der letztere aus dem Titel des Vertragsbruches zur Zahlung einer Schadenersatzsumme von 2600 Fr. an sie verurteilt werden müsse, zu welchem Zwecke eine auf diese Summe lautende Widerklage gestellt werde. Der unbedingte Vertragsrücktritt Seitens des Klägers sei ausgesprochen in seinen Briefen vom 3. und 6. Januar 1887, ein Recht zu diesem einseitigen Vertragsrücktritt habe Gnehm nie anerkannt, er sei nur der Gewalt gewichen und ein solches Recht habe auch nicht bestanden. Daß der Untergang der Pachtgebäulichkeiten den Untergang des Vertrages zur Folge gehabt habe, sei durchaus nicht richtig, weil sich als Hauptpachtobjekt der landwirthschaftliche Gewerb darstelle, während den Gebäulichkeiten nur die Eigenschaft von Mitteln zur Bewirthschaftung dieses Gewerbes zukomme. Ein Rücktritt des Klägers sei nur möglich nach Art. 310 des O.-R., also unter Beobachtung einer sechsmonatlichen Kündigungsfrist und gegen vollen Ersatz des Schadens, welch letzterer in allen Fällen mindestens auf den Betrag eines Jahreszines = 2600 Frkn. fixirt werden müsse. Sie könnten also halbjährliche Kündigung und überdem Bezahlung von 2600 Fr. fordern, um so eher sei daher der letztere Anspruch bei der sofortigen Vertragsauflösung gerechtfertigt. Eventuell werde zum Beweise verstellt, daß der Schaden in Wirklichkeit mindestens der eingeklagten Summe gleichkomme.

Das Bezirksgericht Winterthur acceptirte den Standpunkt des Klägers, daß der Vertrag in Folge Unmöglichkeit der Erfüllung aus Gründen, die der letztere nicht zu verantworten habe (Art. 145 des O.-R.), dahin gefallen sei und somit ein Vertragsbruch nicht vorliege. Es nahm demnach zunächst Vormerk vom Einverständniß der Parteien über die Vertragsauflösung an sich und wies die widerklageweise geltend gemachte, aus dem Titel des Vertragsbruches abgeleitete Schadenersatzforderung der Beklagten ab.

Ueber die Abweisung der Widerklage beschwerten sich die Beklagten auf dem Wege der Appellation, unterlagen aber auch zweitinstanzlich. Die Appellationskammer neigte sich zwar entgegen der erstinstanzlichen Auffassung eher der Ansicht hin, daß der Kläger zum Wiederaufbau der Pachtgebäulichkeiten verpflichtet gewesen wäre und deßhalb von einem Dahinfallen des Pachtvertrages in Folge Unmöglichkeit der Erfüllung nicht gesprochen werden könne, sie fand aber, daß es nicht nothwendig sei, diese immerhin etwas schwierige Frage überhaupt zu entscheiden, weil auch dann, wenn dieselbe wirklich zu Ungunsten des Klägers und Widerbeklagten entschieden, d. h. erklärt würde, er hätte wieder aufbauen und weiter erfüllen sollen, doch von einem Vertragsbruch desselben, welcher die Umwandlung der vertraglich begründeten Verpflichtung in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz zur Folge gehabt hätte, nicht gesprochen werden könne.

Gründe:

Mittelst der Widerklage verlangen die Beklagten 2600 Fr. Schadensersatz und leiten diesen Anspruch daraus ab, daß sich der Kläger im Januar d. J. ohne allen und jeden Rechtsgrund positiv geweigert habe, die ihm als Verpächter obliegenden Verpflichtungen auch weiterhin zu erfüllen und darin ein einseitiger Vertragsbruch liege, welcher gemäß Art. 111 des O.-R. die Auflösung der vertraglich begründeten Verpflichtung in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz zur Folge gehabt habe, allein diese Auffassung ist nicht richtig. Allerdings hat der Kläger teilweise persönlich (in seinem Briefe vom 3. Januar) und theils durch Vermittlung des Advokaturbureau Brunner und Ziegler (Brief vom 6. Januar) seinem Pächter gegenüber den Standpunkt eingenommen, daß der Pachtvertrag in Folge des Unterganges der Pachtgebäulichkeiten dahingefallen sei und er demgemäß von den bezüglichen Verpflichtungen für die Zukunft befreit sei, allein selbst wenn man diese Erklärung als eine unbedingte Verweigerung weiterer Erfüllung auffasst, so

liegt in ihr allein doch noch keine Nichterfüllung der gesammten, dem Verpächter obliegenden Verpflichtungen, die Nichterfüllung allein aber und nur soweit sie vorhanden ist, hat nach Art. 111 des O.-R. die Umwandlung der Obligation in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz zur Folge. Der Pächter war und blieb trotz der Briefe vom 3. und 6. Januar 1887 bis zu seinem freiwilligen Wegzug im ungestörten Besitz der sämmtlichen, ihm verpachteten landwirthschaftlichen Güter, also aller fruchttragenden Objekte, um deren willen allein das Pachtverhältniß eingegangen worden ist und kann folglich hier sicherlich nicht von einer Nichterfüllung ab Seite des Klägers gesprochen werden. Dagegen lag eine solche allerdings vor mit Bezug auf die Pachtgebäulichkeiten, wenn man davon ausgeht, daß als Pachtobjekt der landwirthschaftliche Gewerb als solcher in seiner Totalität angesehen werden müsse, den Pachtgebäulichkeiten als bloßer Mittel zur Bewirthschaftung des Gewerbes nur der Charakter von Pertinenzen desselben zukomme, sodaß sich deren Untergang lediglich als eine Verschlechterung des Zustandes des Pachtobjektes darstelle, zu dessen Verbesserung durch Wiederaufbau der Pachtgebäulichkeiten der Verpächter nach den Art. 297 und 277 des O.-R. verpflichtet sei. Denn in diesem Falle hat der zufällige Untergang der Pachtgebäulichkeiten für den Kläger die Pflicht zum Wiederaufbau begründet und dieser Pflicht ist er nicht nur nicht nachgekommen, sondern hat die Erfüllung derselben abgelehnt. Daraus folgt, daß eine Schadenersatzpflicht des Klägers aus dem Titel der Nichterfüllung höchstens insofern in Frage kommen könnte, als er eben jener Verpflichtung zum Wiederaufbau der Pachtgebäulichkeiten nicht nachgekommen ist, d. h. die Beklagten hätten, wenn sie Willens gewesen wären, das Pachtverhältniß fortzusetzen, nach vorangegangener fruchtloser Aufforderung zur Beschaffung neuer Pachträume, einfach anderweitige Lokalitäten miethen und sodann den Kläger auf Ersatz desjenigen belangen können, was sie zufolge dessen mehr hätten verausgaben müssen, als wenn letzterer seiner Verpflichtung gemäß die untergegangenen Gebäulichkeiten wieder erstellt hätte. Ein Interesse dieser Art klagen nun aber die Beklagten gar nicht ein, sondern sie machen das Interesse geltend, welches sie an der Fortsetzung der Pacht während der vertraglich vorgesehenen Dauer gehabt hätten, dazu aber wären sie nur berechtigt, wenn eine Nichterfüllung der dem Kläger kraft des Pachtvertrages obgelegenen *Hauptverpflichtung*, bestehend in der Ueberlassung des im Vertrage näher umschriebenen landwirthschaftlichen Gewerbes zum Fruchtbezug vorliegen würde und davon ist, wie bereits gezeigt worden, keine Rede. Die Lösung des Pachtverhältnisses ist erst mit dem Ende Januar 1887 erfolgten Wegzug des Pächters eingetreten, zumal dieser mit dem Entschlusse, nicht wiederzukehren, stattgefunden hat oder wenn man das nicht annehmen will, mit der Erklärung der Beklagten im Prozeß, daß sie mit der Vertragsaufhebung für die Zukunft einverstanden seien; sie liegt also in Handlungen der Beklagten und ihres Rechtsvorfahrs, welche durchaus ihrem freien Willen entsprungen sind. Dennoch wäre ein Anspruch auf Schadenersatz begründet, wenn die Widerkläger den Widerbeklagten unter angemessener Fristansetzung aufgefordert hätten, seiner Verpflichtung auf Wiederherstellung der abgebrannten Gebäulichkeiten nachzukommen, ansonst der Vertrag gemäß Art. 297, 277 und 122 des O.-R. als aufgelöst gelte, vorausgesetzt natürlich, daß jene Verpflichtung als vorhanden angenommen wird, denn in diesem Falle würde der Schadenersatzanspruch aus dem Art. 124 des O.-R. folgen, allein eine solche Aufforderung hat nie stattgefunden und deßhalb fällt auch dieser Gesichtspunkt weg. Resumirend ist zu betonen, daß die Nichterfüllung der dem Verpächter gemäß Art. 297 und 277 des O.-R. obliegenden Verpflichtung zur gehörigen Instandhaltung der Pachtobjekte eben nicht eine vollständige, dem Vertragsrücktritt gleichkommende Nichterfüllung ist und deßhalb auch keinen Anspruch auf Ersatz des aus einem vollständigen Vertragsbruch resultirenden Schadens begründen kann, vielmehr dieser Anspruch vom nichtsäumigen Pächter nur dadurch erworben wird, daß er dem Verpächter im Sinne und nach Vorschrift von

Art. 122 des O.-R. unter der Androhung Frist zur Erfüllung ansetzt, daß er im Nichterfüllungsfalle seinerseits zurücktrete und ihn als vollständig vertragsbrüchig erkläre, was hier nicht geschehen ist. Gnehm hat die Erlaßung einer solchen Aufforderung mit vollem Bewußtsein unterlassen, weil er mit dem Kläger davon ausging, daß dieser zur Wiederherstellung der Gebäulichkeiten gar nicht verpflichtet sei, dagegen annahm, daß derselbe gleichwohl zur Fortsetzung des Pachtverhältnisses wenigstens bis November 1887 zu einem reduzirten Pachtzins angehalten werden könne. Dieß ergibt sich mit aller Deutlichkeit daraus, daß er jener Verpflichtung bis heute weder vor noch im Prozesse auch nur mit einem Wort Erwähnung gethan, sondern gegentheils den Standpunkt eingenommen hat, Kläger habe mit Rücksicht auf den zufälligen Untergang der Pachtgebäulichkeiten gemäß Art. 310 des O.-R. das Recht zur Kündigung erworben, eine Annahme, welche die Verpflichtung zur Wiederherstellung der letztern gewiß ausschließt. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so kann noch viel weniger von einer zum Schadenersatz verpflichtenden Nichterfüllung des Klägers im Sinne von Art. 111 des O.-R. gesprochen werden. Diese Auffassung war nun freilich nicht richtig, denn der Pächter hatte, wenn der Vertrag durch den Untergang der Pachtgebäulichkeiten nicht in Folge Unmöglichkeit der Erfüllung untergegangen ist, nur das Recht, die Fortsetzung des Pachtverhältnisses im Sinne und Umfange des Vertrages und nicht auf einer ganz andern vertraglichen Grundlage zu verlangen oder dann mußte er auf jene Fortsetzung verzichten und dieß hat er dadurch gethan, daß er ohne jedes Begehren um Wiederherstellung der Pachtgebäulichkeiten und ohne im Besitz der übrigen Pachtobjekte gestört zu sein, weggezogen ist und sich schließlich im Prozeß mit der Pachtauflösung einverstanden erklärt hat. Ein weiterer die Annahme eines Vertragsrücktrittes Seitens des Klägers ausschließender Grund ist der, daß in den Briefen vom 3. und 6. Januar d. J. gar keine positive Verweigerung der Vertragserfüllung, sondern nur die gewiß begreifliche und diskutirbare Ansicht ausgesprochen und begründet ist, daß eine Verpflichtung zum Wiederaufbau der Pachtgebäulichkeiten nicht bestehe und deßhalb der Pachtvertrag als in Folge Unmöglichkeit der Erfüllung dahin gefallen betrachtet werden müsse. Natürlich konnte sich der Kläger nicht gleichzeitig mit der Geltendmachung dieser Ansicht zur Wiederherstellung der Pachtgebäulichkeiten bereit erklären, sondern er mußte dieselbe consequenterweise verweigern und auch eine Fortsetzung der Pacht ablehnen. Daß aber dabei seine Meinung nicht die war, er wiedersetze sich der weitern Vertragsfortsetzung unbedingt und absolut, sondern nur die, daß der Pächter, wenn er sich mit der geäußerten Auffassung nicht einverstanden erklären könne, eben einen gerichtlichen Entscheid herbeisolle, der dann selbstredend maßgebend sei und auch von ihm respektirt werde, ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus dem Schluß des Briefes vom 6. Januar: „Sollten Sie mit dieser unserer Auffassung nicht einig gehen, so gewärtigen wir Ihre weitern Schritte“ und aus der Thatsache, daß Kläger, als Gnehm seinerseits keine solchen Schritte einleitete, am 9. Februar beim Friedensrichteramt selbst Klage über die Rechtsfrage einleitete, ob der Pachtvertrag nicht als durch den Untergang der Pachtgebäulichkeiten dahingefallen zu betrachten sei. Gnehm hat dadurch, daß er, trotz bezüglicher Aufforderung des Klägers, keinerlei Schritte that, um ihn zum Wiederaufbau der Pachtgebäulichkeiten zu zwingen bezw. die bezügliche Pflicht festzustellen, ja nicht einmal ein dießfälliges Begehren stellte, sondern auf den Brief vom 6. Januar vom Pachtobjekt wegzog, das Vieh veräußerte etc., deutlich zu erkennen gegeben, daß er die Auffassung des Klägers über die Frage der Vertragsauflösung nunmehr anerkenne und theile. Das erstinstanzliche Urtheil muß demnach auch bezüglich der Widerklage bestätigt werden.

Prozessualisches.

Vom Recht der Partheien an den Prozeßakten im Ehrverletzungsprozeß.

Die Photographie im Dienste der Rechtspflege.

(Auszug aus einem Urteil der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 26. Mai 1887.)

In dem bekannten Ehrverletzungsprozeß zwischen Dr. Egli-Sinclär in Zürich, als Kläger und Frau Dr. Mende daselbst als Beklagte stellte die letztere nach Erlass des zweitinstanzlichen condemnirenden Urtheils und nach erfolgter Abweisung einer gegen dieses Urtheil erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde beim Bezirksgericht Zürich das Gesuch, es möchte verfügt werden, daß die beiden, die eingeklagte Injurie enthaltenden Briefe, welche die Grundlage der Klage gebildet hatten und vom Kläger zu den Akten gebracht worden waren, bei den letztern zu verbleiben haben und dem Producenten Dr. Egli nicht aushinzugeben seien; eventuell wurde verlangt, daß photographische Kopien der genannten Aktenstücke angefertigt werden, Alles mit der Begründung, daß die Verurtheilung der Petentin eine irrthümliche sei, dieselbe deßhalb darauf bedacht sein müsse, im geeigneten Momente ein Wiederherstellungsgesuch einzureichen, für das bezügliche Verfahren aber die genannten Urkunden oder doch solche Kopien derselben, welche die Schriftzüge der Originalien treu wiedergeben, natürlich unerläßlich seien.

Das Bezirksgericht wies die Petentin ab, die Appellationskammer dagegen hieß das eventuelle Begehren derselben unter verschiedenen, die Interessen der Beteiligten wahrenden, aus den nachfolgenden Erwägungen, ersichtlichen Klauseln gut.

Gründe:

1. Das erste Begehren der Rekurrentin, daß die beiden von Dr. Egli eingelegten Briefe nebst Couverts, welch erstere Gegenstand des Ehrverletzungsprozesses bildeten, bei den Akten zu verbleiben haben, ist in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz zu verwerfen. Der § 167 des Rechtspflegesetzes räumt den Partheien ganz allgemein, ohne zwischen Civil- und Strafprozeß zu unterscheiden, das Recht ein, nach Beendigung der Sache Aushingabe der von ihnen eingelegten Aktenstücke zu verlangen. Es herrscht aber darüber kein Streit, daß der Rekursgegner die in Frage stehenden Dokumente producirt hat; wenn also derselbe nach endgültiger Erledigung des Prozesses Rückgabe dieser Dokumente fordert, und dieses Begehren ist gestellt, so handelt er lediglich innerhalb ihm durch spezielle Gesetzesvorschrift eingeräumter Befugniß ganz abgesehen von seiner sonstigen Stellung als Eigenthümer der Sache und es steht weder im Belieben der Gerichte noch in der Macht der Gegenparthei, ihn an der Entgegennahme zu hindern. Die Ansicht der Rekurrentin, daß der § 167 nur die Beweismittel im Auge habe, steht mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes im Wiederspruch. Uebrigens sind die betreffenden Briefe Beweismittel und nicht das eigentliche Fundament der Klage, als welches im Ehrverletzungsprozeß an Stelle der Anklageschrift lediglich die Weisung in Verbindung mit der an den Friedensrichter gerichteten schriftlichen Eingabe des Klägers erscheinen (§ 1031. Sträuli, Comentar Ziff. 2. Daß diese Briefe, um die Schuld der Angeklagten festzustellen, notwendigerweise vorgelegt werden mußten, ändert selbstverständlich an deren Eigenschaft als Beweismittel nichts.

2. Die vom Vertreter der Beschwerdeführerin zur Begründung seines Antrages angerufenen §§ 830, 833 und 847 des Rechtspflegegesetzes treffen im vorliegenden Falle nicht zu und es ließe sich daraus übrigens auch nicht herleiten, daß im Gegensatz zu der Vorschrift des § 167 Aktenztücke nach Beendigung des Prozesses im Archiv zu verbleiben haben. Die genannten Gesetzesbestimmungen beziehen sich auf Untersuchungshandlungen, d. h. auf Maßnahmen, welche die Untersuchungsbehörden von Amteswegen, unabhängig von der Thätigkeit der Betheiligten zu treffen haben. Dieselben betreffen das Stadium der Voruntersuchung und haben die amtliche und nicht durch freiwillige

Thätigkeit der Partheien bewerkstelligte Sammlung des Beweismaterials im Auge, übrigens ganz unpräjudicirlich der Frage, welche Rechte den Partheien daran zustehen, wenn einmal die rechtskräftige Erledigung des Strafprozesses stattgefunden hat. Der § 847, auf welchen vorzugsweise abgestellt werden will, bezieht sich vollends nur auf den vom vorliegenden ganz verschiedenen Fall, wo während der Untersuchung und durch die Art, in welcher sie stattgefunden hat, die Substanz eines Beweismittels als gefährdet erscheint.

3. Das eventuelle Begehren der Rekurrentin, daß in gerichtlichem Auftrag photographische Copien der genannten Aktenstücke angefertigt werden, stützt sich auf § 892 des Rechtspflegegesetzes. In dieser Beziehung besteht nun zunächst kein Zweifel, daß der Grundsatz, wonach den Partheien auf ihre Kosten und auf ihr Verlangen Abschriften von Aktenstücken behändigt werden können, ganz allgemein auch im Ehrverletzungsprozess Gültigkeit hat, weil eine entgegenstehende Bestimmung aus § 1028 u. f. nicht ersichtlich ist (siehe § 1012). Das Gesetz will somit offenbar keine Rücksicht darauf nehmen, wem das Eigenthum an den einzelnen Aktenstücken zustehe, beziehungsweise eine allfällige Vervielfältigung nicht von der Erlaubniß des Eigenthümers abhängig machen, wohl von der Erwägung ausgehend, daß, wo wichtigere Güter, Ehre und soziale Stellung in Frage stehen, rein privatrechtliche Befugnisse nicht den Ausschlag geben können, sondern eine Einschränkung im öffentlichen Interesse unter Umständen geboten sei. Von diesem Gesichtspunkte aus würde daher nichts entgegenstehen, dem Begehren einer Partei um Anfertigung von Abschriften auch dann zu entsprechen, wenn es sich um Aktenstücke handelt, die von der Gegenpartei eingelegt worden sind und wo sich letztere der Vervielfältigung wiedersetzt, vorausgesetzt immerhin, daß dem Gesuche ein wirkliches nachweisbares Interesse zu Grunde liege, sich dasselbe zum Beispiel für Vertheidigungszwecke erforderlich oder wenigstens nützlich erweist. Im vorliegenden Falle handelt es sich nun allerdings nicht um Vervielfältigung durch Schrift, sondern durch Lichtdruck, da es der Natur des vorangegangenen Prozesses entsprechend der Rekurrentin nicht sowohl um den Context als um Feststellung und genaue Nachahmung der einzelnen Schriftzüge zu thun sein kann. Dieser Umstand ist indessen nicht geeignet, die Verwerfung des gestellten Gesuches zu begründen, sobald man sich nicht ängstlich an den Wortlaut des Gesetzes anklammern, sondern dasselbe, gewiß der Intention des Gesetzgebers gemäß, dahin verstehen will, daß den Parteien, vor allem dem Angeschuldigten, die Akten in einer Weise zugänglich gemacht werden, welche ihnen den vollen Gebrauch derselben sichert und daß zur Erreichung dieses Zweckes da, wo die gewöhnliche Schrift nicht ausreicht, auch bessere technische Mittel nicht ausgeschlossen sein sollen. Daß die Rekurrentin, welche auf Grund der betreffenden Briefe verurtheilt worden ist, ein rechtliches Interesse daran hat, daß diese Grundlage auch in irgend einem spätern Zeitpunkt neuerdings geprüft werden könne, kann im Hinweis auf das ihr zustehende Rechtsmittel der Restitution nicht bezweifelt werden, gleichviel ob der Richter an die Möglichkeit des Erfolges allfälliger Bestrebungen glaube oder nicht, welche die Rekurrentin gegen das sie condemnirende Urtheil im Schilde führen mag. Endlich kann auch nicht gesagt werden, daß das Begehren um photographische Vervielfältigung verspätet sei. Der § 892 setzt dießfalls keine Fristen an und läßt nur darauf schließen, daß nicht schon im Stadium der Voruntersuchung den Betheiligten die dort eingeräumte Fakultät gegeben werde (Sträuli, Commentar Ziff. 1); dagegen ist nicht einzusehen, warum nicht auch noch nach Beendigung des Prozesses, wenn ein wirkliches Interesse dazu vorhanden ist, die Hülfe der Gerichte sollte in Anspruch genommen werden können.

4. Der Vertreter des Rekursgegners opponirt dem Begehren um photographische Vervielfältigung hauptsächlich auch deßhalb, weil damit die Möglichkeit weiterer Verbreitung der inkriminirten Schriftstücke gegeben sei. Diese Befürchtung ist nun aber, soweit die Mitwissenschaft des ausführenden Photogra-

phen in Frage kommt, wohl kaum von ernstlichem Gewicht, nachdem, wie allbekannt, dieser Prozeß so zu sagen das Tagesgespräch in gewissen Kreisen gebildet und Kläger selbst sich nicht bemüßigt gesehen hat, die Verbreitung der für ihn ehrenrührigen Zulagen dadurch zu hindern, daß er in den verschiedenen Verhandlungen den Ausschluß der Oeffentlichkeit begehrt hätte. Immerhin gebietet der Inhalt der betreffenden Schriftstücke, daß das von der Rekurrentin beantragte Verfahren in einer Weise durchgeführt werde, welche eine weitere Schädigung der Ehre des Rekursgegners nicht wohl als gedenkbar erscheinen läßt. Zu diesem Behufe ist nothwendig, daß die Abnahme der Briefe in Gegenwart einer gerichtlichen Commission bezw. wenigstens eines Richters stattfinde, wobei auch den Parteien Gelegenheit zu bieten ist, dem Verfahren beizuwohnen. Ei einen andern Ort zu wählen als das entsprechend eingerichtete Atelier des P tographen liegt kein Grund vor, um niger, als nach der Begründung des instanzlichen Beschlusses im Bezirksgeri gebäude dießfalls keine Räumlichkeit Verfügung stehen soll. Im Fernern ist zu sorgen, daß jeweilen nur ein Abzug gefertigt, dieser dem controllirenden Ri überliefert und die gebrauchte Platte entw zerstört oder sonst für weitere Abdrücke brauchbar gemacht werde. Die photog schen Nachbildungen sind alsdann abge dert unter Verschluß des Gerichtsschrei aufzubewahren und dürfen unter keinen ständen je an eine Partei aushingeg werden.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Oktober 1887. VI. Band. № 18.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Auszug
aus
einem Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 17. Juni 1887
in Sachen
des *Eduard Kunkler* in Basel, Kläger und Widerbeklagten,
gegen
Jakob Brunner, Photograph in Winterthur, Beklagten und Widerkläger,
betr. Forderung aus Gesellschaft.

Interpretation eines schiedsgerichtlichen Urtheils. Schadenersatzanspruch aus dem Titel verspäteter Vertragserfüllung. Streit über Zeit und Inhalt vertragsgemäßer Erfüllung etc.

Unterm 1. Januar 1884 schlossen die Litiganten einen Gesellschaftsvertrag ab zum Betrieb, der Patentnahme und der Verwerthung der Patente etc. des vom Beklagten J. Brunner erfundenen Verfahrens zur Herstellung von Platten für Photographieaufnahmen und der damit zu erzielenden Clichés für Hoch- und Tiefätzung auf Metalle, Stein etc. Am 30. Juli 1884 miethete sodann die Gesellschaft von einem Spengler Wild in Basel an der Kybeckstrasse Nr. 33 und 35 daselbst die nöthigen Gesellschaftslokalitäten auf die Dauer von 2 Jahren zum jährlichen, in vierteljährlichen Raten zum Voraus zu bezahlenden Miethzins von 3500 Fr. Ferner wurde am 15. Oktober 1884 ein gewisser Hans Pümpin als Bureauangestellter engagirt zum monatlichen Salair von 150 Fr. und dabei gegenseitige zweimonatliche Kündigung vereinbart.

Nachdem die Installation des Geschäftes im November 1884 vollendet worden war, entstanden gegen Ende des Jahres 1884 unter den Gesellschaftern Differenzen, über deren Ursache dieselben verschiedene Angaben machen und welche schon im Januar 1885 zur factischen Trennung führten. Die Folge davon war, daß die Parteien zum Zweck der Auseinandersetzung bezw. der Feststellung der gegenseitigen Ansprüche und Verbindlichkeiten und der Liquidatien der Aktiven in Ausführung von Art. 15 des Gesellschaftsvertrages ein Schiedsgericht bestellten, bestehend aus Professor Huber in Basel als Obmann, Salis-Kern, Kaufmann in Basel und Ingenieur Blum in Zürich als Schiedsrichter.

Dieses Schiedsgericht fällte unterm 22. September 1885 folgendes Urtheil:

1. Die beidseitigen Schadensersatzansprüche werden wettgeschlagen.

2. Brunner übernimmt das ganze Geschäft im Betrage von 32,338 Fr. 45 Rp. laut Bilanz vom 1. Januar 1885. Diese Summe ist von ihm seit 1. Januar 1885 mit 5 % zu verzinsen.

3. Herr Brunner hat bis letzten September dem Herrn Kunkler für den Betrag von 20,345 Fr. d. h. das Soll der Bilanz mit Abzug des Conto Brunner entweder Zahlung oder Sicherheit durch dem Herrn Kunkler genehme Bürgschaft oder Hinterlage von Werthpapieren zu leisten.

4. Die Geschäftspassiven und Auslagen seit 1. Januar 1885 fallen zu Lasten von Kunkler.

5. Für den Fall, daß Brunner die erwähnte Zahlung oder Sicherheit nicht leistet, hat Kunkler das Recht, die Aktiven zum Werthe von 20,345 Fr. zu übernehmen und bleibt Brunner demselben die Verlusthälfte mit 11,993 Fr. 45 nebst Zins à 5 % seit 1. Januar 1885 schuldig.

6. Sobald Herr Brunner die Aktiven übernommen hat, ist Herr Kunkler verpflichtet, auf seine, Kunklers Kosten, die Uebertragung der Patente auf den Namen Brunner *beförderlichst* besorgen zu lassen. Uebernimmt dagegen Kunkler die Aktiven, so erwirbt er damit auch die Patente. In beiden Fällen wird der betreffenden Gegenpartei die Benutzung der ihr nicht gehörenden Patente oder der Erfindung untersagt.

Dem Vertreter Kunklers, Dr. Kern in Basel, wurde Sicherstellung der 20,345 Fr. (Disp. 3 des Urtheils) durch eine vom 29. September 1885 datirte Bürgschaftsverpflichtung der Herrn Bindschädler-Ganz und Bäninger-Ganz in Bülach offerirt, allein mit Schreiben vom 30. gl. Mts. an Dr. Feigenwinter, den Vertreter des Beklagten, antwortete derselbe, daß die beigebrachten Bürgschaftserklärungen von Kunkler nicht als genehm angesehen und deßhalb auch nicht angenommen werden können, weil die Solvabilität und Steuerkraft der Bürgen nicht klar gestellt und Kunkler überhaupt nicht gewillt sei, auswärtige Bürgen anzunehmen. „Ich fordere Sie demgemäß auf, bis spätestens heute Abends 7 Uhr mir zu Handen Kunklers die 20,345 Fr. urtheilsgemäß zu leisten. Geschieht dies nicht, so betrachtet Kunkler die dem Brunner gesetzten Bedingungen als nicht erfüllt und somit den Art. 5 des Urtheils als in Rechtskraft erwachsen." In seiner Erwiderung vom gleichen Tag protestirte Dr. Feigenwinter gegen die Ablehnung der Bürgschaft, erklärte, daß darin ein Verzug Kunklers liege und verband damit im Uebrigen die Mittheilung, daß für Brunner durch Vermittlung der Zürcher Kantonalbank für die 20,345 Fr. bei der Basler Handelsbank telegraphisch Sicherheit geleistet worden sei, Dr. Kern antwortete indessen mit Schreiben vom 1. Oktober, daß er seinen Brief vom 30. September bestätige und ebenso die weitere Thatsache: „daß nach Erhalt Ihres gestrigen Schreibens Herr Procuraträger Zweifel auf der hiesigen Handelsbank Abends zwischen 6 und 7 Uhr in Ihrer Gegenwart auf meine Erkundigung über den Inhalt Ihres Schreibens nicht nur in Abrede stellte, daß irgend ein Betrag zu Handen des Herrn Kunkler bei ihr deponirt sei, sondern auch jede Bürgschaft oder Mitverpflichtungsübernahme Seitens der Handelsbank oder sonstige Sicherheitsleistung bestimmt und ausdrücklich verweigerte. Wenn nun Ihr Client trotzdem das Geschäft von Kunkler dringend zu übernehmen wünscht, so ist dieses Sache einer vom Spruche des Schiedsgerichtes unabhängigen weitern Vereinbarung."

Eine solche Vereinbarung kam denn auch, nachdem zwischen den Parteien noch mehrfache Correspondenzen gewechselt und die Summe von 20,345 Fr. von Brunner am 1. Oktober 1885 auf der Civilgerichtsschreiberei Basel hinterlegt worden war, am 26. Oktober 1885 zu Stande. Sie lautet:

1. Kunkler übergibt mit heutigem Tage dem Brunner die Schlüssel zum Geschäfte und ermächtigt denselben, das Inventar zu zu übernehmen. Derselbe wird mit heutigem Tage Herrn Blum (*der gewesene Schiedsrichter des Brunner, Patentagent in Zürich*, die Redaction) *ermächtigen*, die Patente auf Herrn Brunner resp. dessen Ordre zu übertragen und dieselben nach geschehener Uebertragung an Herrn Brunner auszuweisen. Zu diesem Behufe werden sämmtliche Patente mit Ausnahme des englischen Herrn Dr. Feigenwinter zu Handen des Herrn Blum übergeben; das englische Patent bleibt in Händen

des Herrn Dr. Kern, welcher nach erfolgter Uebertragung dasselbe Herrn Brunner zustellen wird.

2. Dagegen ermächtigt Herr Brunner Herrn Kunkler, von dem Depositum bei der Civilgerichtsschreiberei Basel den Betrag von 19,798 Fr. 85 zu erheben.

3. Alle Rechte bezüglich der noch streitigen Fragen werden beiderseits vorbehalten, speziell behält sich Brunner seine Ansprüche bezüglich allfälliger Unvollständigkeit der Patente vor.

Der Restbetrag des Depositums bleibt bis Austrag der Sache für wen Rechtens deponirt.

Brunner ergriff Besitz von den Geschäftsaktiven, siedelte nach Winterthur über und es erfolgte gegen Ende Oktober 1885 auch die Aushingabe der 19,798 Fr. 85 Rp. an Kunkler.

Am 3. November 1885 bestätigte Patentagent Blum dem Kunkler den Empfang von 850 Fr. als vereinbartes Honorar für die Besorgung der Uebertragung der auf den Namen der Firma lautenden Patente auf den alleinigen Namen Brunners. Am 27. November sandte Kunkler dem Blum die 2 Tage vorher von diesem zur Unterschrift empfangenen Uebertragungsformulare für die Patente Frankreichs, Italiens, Belgiens, Deutschlands und Oesterreichs zurück und drängte auf möglichste Beförderung der Angelegenheit, weil er gegenüber Brunner nicht in Verzug gerathen wolle. Mit Zuschrift vom 27. November 1885 meldete Dr. Kern dem Dr. Feigenwinter, daß die Uebertragung des englischen Patentes auf Brunner geordnet sei und daß er sich im Besitze der bezüglichen Papiere befinde; er knüpft daran den Satz: „Damit ist Alles gethan, nachdem die übrigen Patente schon längst in Ihren Händen sich befinden." Am 8. Dezember 1885 ließ Kunkler die unmittelbar vorher von Blum empfangenen Cessionsurkunden für das amerikanische und deutsche Patent unterzeichnet an diesen zurückgehen, reklamirte wegen der Cessionsurkunde für das spanische Patent, erhielt dann diese am 6. Januar 1886 und retournirte sie am 7. gl. Mts. mit dem Bemerken, daß Blum nunmehr im Besitze der Cessionen für sämmtliche Patente sei und er eine von Brunner unterzeichnete General-décharge wünsche. Am 23. Januar 1886 bescheinigte Blum den Empfang der Cessionsurkunden für das englische Patent und führte dann später in einem Schreiben an den klägerischen Vertreter vom 13. August 1886 aus, die Uebertragungen seien sofort nach Auftragertheilung den betreffenden ausländischen Behörden zur Registrirung übermacht worden und die Cessionsdokumente mehr oder weniger rasch bei ihm eingegangen bis auf dasjenige von Oestreich-Ungarn, welches damals noch ausstund. Am 16. August war indeß auch dieses eingegangen und Blum übermachte alle Uebertragungsdokumente dem Brunner, *die eigentlichen Patenturkunden hatte derselbe schon am 26. Oktober 1885 erhalten.*

Schon mit Rechtsbot vom 17. November 1885 hatte Kunkler den Brunner betreiben lassen für 11,993 Fr. 44 (32,338 Fr. 45 laut Schiedsurtheil weniger der am 1. Oktober 1885 deponirten und nachher aushingegebenen 20,345 Fr.) nebst 5 % Zins seit 1. Januar 1885 und Zins à 5 % von den 20,345 Fr. vom 1. Januar 1885 bis 30. September 1885, der Betriebene hatte jedoch die Fälligkeit dieser Ansprüche bestritten, weil Kunkler seinerseits nicht erfüllt, namentlich *nicht* für die sehr wichtige Uebertragung der Patente auf seinen Namen gesorgt habe. Die für Spanien, England und Amerika erwirkten Erfindungspatente seien noch nicht übertragen und ihm nicht ausgehändigt. Gestützt darauf wurde Kunkler im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesen. (Beschluß der Rekurskammer vom 2. März 1886.)

Nunmehr betrat Kunkler den Weg des ordentlichen Prozesses, die friedensrichterliche Weisung datirt vom 6. April 1886, ist aber erst am 21. August dem Handelsgericht eingereicht worden. Zunächst werden auch hier eingeklagt:

1. 11,993 Fr. 45 nebst Zins à 5 % seit 1. Januar 1884.

2. 5 % Zins von 19,886 Fr. 85 vom 1. Januar bis 30. September 1884.

Diese beiden Ansprüche sind indeß schon vor Friedensrichteramt und dann auch vor Gericht anerkannt worden.

Kunkler machte aber im Weitern hauptsächlich noch *zwei* weitere Posten geltend, nämlich:

1. 469 Fr. 80 nebst Zins, weil er diesen Betrag, als Miethzins für die von der Firma Brunner und Kunkler seiner Zeit gemietheten Geschäftslokalitäten und zwar für die Zeit vom 30. September bis 18. November 1885 an einen Cessionaren des Vermiethers bezahlt habe, währenddem selbstverständlich sei, daß Brunner vom Tage der Geschäftsübernahme (30. September 1885) an sämmtliche Passiven allein zu tragen habe.

2. 349 Frk. nebst Zins. Der Buchhalter Pümpin und der Bureaudiener Grieder seien am 30. September 1885 noch Angestellte des Geschäftes gewesen, der Beklagte, als Uebernehmer des letztern, hätte ihnen auf den 30. September künden sollen und weil das nicht geschehen, haben dem erstern 300 Fr. und dem letztern 49 Fr. Entschädigung bezahlt werden müssen, für die der Beklagte aufzukommen habe.

Brunner bestritt beide Posten, weil es sich um Geschäftspassiven und Auslagen der Firma Brunner und Kunkler seit dem 1. Januar 1885 handle und diese laut Disp. 4 des schiedsgerichtlichen Urtheils ausnahmslos dem Kläger zur Last fallen. Er habe nicht ein Geschäft übernommen, sondern einfach die Aktiven der alten Firma, währenddem die Passiven dem Kläger überbunden worden seien. Pümpin und Grieder seien übrigens schon im August 1885 in das Privatgeschäft Kunklers übergetreten und haben folglich die Anstellungsverhältnisse mit der Firma am 30. September 1885 nicht mehr bestanden. Falls das Gericht die gegebene Auslegung von Dispositiv 4 des schiedsgerichtlichen Urtheils nicht theilen sollte, mache er sich anheischig, dieselbe auf dem Wege des Erläuterungsverfahrens feststellen zu lassen. (Der Obmann hatte sich bereits dagegen ausgesprochen.)

Mittelst Widerklage verlangte sodann Brunner neben andern kleinern Posten 32,300 Fr. nebst Zins als Schaden, den ihm Kunkler dadurch zugefügt, daß er seine Verpflichtung, die Uebertragung der Patente auf Brunners Namen *beförderlich* besorgen zu lassen, nicht erfüllt habe. Erst am 16. August 1886 sei er in den Besitz der formell richtig übertragenenen Patente gelangt. Wen er im Rechtsöffnungsverfahren die vollzogene Uebertragung einzelner Patente zugestanden habe, so beruhe dieß auf dem Irrthum, daß er die von ihm verlangte Unterzeichnung gewisser Dokumente als eine Uebertragung der Patente selbst aufgefaßt habe. In spätestens 3 Monaten hätte die Uebertragung vollzogen werden können. Nach einer Zuschrift des Patentagenten Palm in Wien nehme Oestreich-Ungarn die längste Frist mit ca. 3 Monaten in Anspruch. Weil die Patente nicht rechtzeitig in seinen Besitz gekommen, sei der Verkauf derselben für ihn unmöglich geworden in Folge von Nachahmungen und der im Laufe des Jahres 1885/86 aufgetretenen ähnlichen Erfindungen. Es werde zum Beweis verstellt, daß, wenn die übertragenen Patente ihm rechtzeitig eingehändigt worden wären, dieselben mit großem Vortheil, das amerikanische allein um 50,000 Fr. hätten verkauft werden können. In Folge der inzwischen aufgetauchten Nachahmung des Brunnerschen Verfahrens seien die Patente werthlos geworden und haben durch neue ersetzt werden müssen.

Die 32,300 Fr. setzen sich aus folgenden Posten zusammen:

a) 8376 Fr. 60 Kosten der Patenterwerbung.

b) 2612 Fr. 75 Patentunkosten seit 1. Jenner 1886; dieser Betrag habe aufgewendet werden müssen, um nach Vorschrift der Patentgesetzgebung der betreffenden Länder durch factische Ausübung der Patente den Untergang derselben zu verhindern. Uebrigens gehören diese Auslagen zur Uebertragung der Patente und müssen vom Widerbeklagten auch schon aus diesem Grunde ersetzt werden.

c) 1370 Fr. für die nothwendig gewordene Erwerbung neuer Patente.

d) 20,000 Fr. Schadenersatz.

32,359 Fr. oder in Abrundung 32,300 Fr.

Der Wiederbeklagte bestritt das Fundament dieses Anspruches nach allen Richtungen und

verlangte Abweisung desselben. Die Uebertragung der Patente für Oestreich und Ungarn habe Blum gerade durch den Patentanwalt Palm in Wien besorgen lassen und diesem sei es trotz wiederholten Mahnungen nicht gelungen, die Registriruug früher durchführen zu lassen.

Mit Urtheil vom 17. Juni 1887 verpflichtete das Handelsgericht den Beklagten und Widerkläger, an den Kläger und Widerbeklagten zu bezahlen:

1) 5 % Zins von 19,886 Fr. 85 vom 1. Januar bis 30. September 1885.

2. 11,993 Fr. 45 nebst Zins à 5 % seit dem 1. Januar 1885.

3) 469 Fr. 80 nebst Zins à 5 % seit dem 6. April 1886.

4) 349 Fr. nebst Zins à 5 % seit dem 6. April 1886.

Die Widerklage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Die ersten zwei auf Bezahlung von 5 % Zins vom 19,886 Fr. 85 vom 1. Jenner bis 30. September 1885 und auf Bezahlung von 11,993 Fr. 45 nebst Zins á 5 % seit 1. Jenner 1885 gerichteten Rechtsbegehren sind schon vor Friedensrichteramt, sodann aber auch in der Klagebeantwortungsschrift anerkannt worden, wovon lediglich Vormerk zu nehmen ist.

2. Die 3te Post der Hauptklage im Betrage von 469 Fr. 80 wird darauf gestützt, daß Kläger diese Summe dem Spengler Wild in Basel bezw. seinem Cessionaren Wilhelm Fiechter daselbst bezahlt und damit eine nach dem schiedsgerichtlichen Urtheil dem Beklagten obliegende Leistung erfüllt habe. Die Thatsache der Zahlung ist unbestritten und übrigens durch Act. No. 14 bewiesen und ebenso besteht kein Streit darüber, daß dieselbe an die richtige Person erfolgt ist und folglich mit befreiender Wirkung stattgefunden hat. Uneinig aber sind die Parteien darüber, ob die genannte Leistung im Verhältniß nach innen dem Einen oder Andern obgelegen habe. Ist sie, wie der Kläger behauptet, durch das schiedsgerichtliche Urtheil dem Beklagten überbunden worden, so ist dieser verpflichtet, solche dem erstern zu ersetzen, ein Satz, worüber die Parteien wiederum einig gehen, ist das Verhältniß dagegen das Umgekehrte, wie Seitens des Beklagten geltend gemacht wird, so hat der Kläger für sich selbst und nicht für den Beklagten geleistet und steht ihm dannzumal auch keine Ersatzforderung zu.

3. Die Frage kann nun sofort, speziell ohne ein weiteres Beweisverfahren im Sinne der Klage entschieden werden. Die 469 Fr. 80 representiren den Miethzins der von der Firma Brunner und Kunkler im Juli 1884 gemietheten Geschäftslokalitäten für die Zeit vom 30. September bis 18. November 1885 und nun kann es keinem ernstlichen Zweifel unterliegen, daß diese Leistung nach dem Sinne des schiedsgerichtlichen Urtheils dem Beklagten und nicht dem Kläger oblag. Dispositiv II. des letztern setzt fest, daß Brunner das gesammte Geschäft zu übernehmen habe und aus Dispositiv III. ergibt sich, daß als Uebernahmszeitpunkt der 30. September 1885 vorgesehen war. Zum *gesammten* Geschäft gehören natürlich auch die Geschäftslokalitäten und daraus folgt, daß der Beklagte mit jenem auch diese übernommen hat. Das schiedsgerichtliche Urtheil zeigt deutlich, daß unter der Geschäftsübernahme Seitens des einen oder andern Associé nicht nur die Uebernahme der Aktiven und Passiven laut Bilanz vom 1. Januar 1885, sondern vor Allem aus auch die Alleinübernahme der den eigentlichen Kern des Geschäftes bildenden Ausnutzung und Weiterverwerthung der Brunnerschen Erfindung verstanden war. Hätte Kläger die Aktiven übernommen, so wäre nach Art. 6 des Urtheils auch die Erfindung auf ihn übergegangen und hätte er das alleinige Recht ihrer Ausnützung und Verwerthung erworben. Wie *er* in diesem Falle als Geschäftsübernehmer hätte betrachtet werden müssen, so muß nun, da der Beklagte die Weiterbetreibung des bis anhin von der Gesellschaft betriebenen Geschäftes übernommen hat, diese Eigenschaft ihm zuerkannt werden. Die Geschäftslokalitäten sind, weil für die Firma gemiethet, natürlich auch für das Geschäft derselben, also für den Betrieb des von Brunner erfundenen Verfahrens zur Herstel-

lung von Platten für Photographieaufnahmen etc. eingerichtet worden und nun dürfte sich denn doch von selbst verstehen, daß sowohl bei den Litiganten als beim Schiedsgericht die Meinung obgewaltet hat und obgewaltet haben muß, daß derjenige Associé, welcher diesen Geschäftsbetrieb fortsetze, übernehme, auch die dafür eingerichteten und bestimmten Geschäftsräumlichkeiten antrete, die bezüglichen Miethverträge übernehme und folglich auch deren allfällige Lösung etc. seine Sache sei. In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung sagt denn auch das Uebereinkommen vom 26. Oktober 1885, es werden dem Brunner in Ausführung des schiedsgerichtlichen Urtheils die Schlüssel zum Geschäfte übergeben, was ganz offenbar gleichbedeutend ist mit einer Einweisung in den Besitz der Geschäftslokalitäten und weil diese in Ausführung des schiedsgerichtlichen Urtheils geschah, so wird angenommen werden dürfen, daß dieselbe von den Parteien auch als im Sinne desselben liegend betrachtet und anerkannt wurde. Eine reine Consequenz dieser Ausführungen ist nun aber die, daß der vom 30. September 1885 an für die Geschäftslokalitäten aufgelaufene Miethzins vom Beklagten zu bestreiten war und zwar ohne alle Rücksicht darauf, ob er die letztern für die Weiterbetreibung des übernommenen Geschäftes wirklich benutzt hat oder nicht. Nahm er davon Umgang, so war das seine Sache. Wenn sich der Beklagte zur Unterstützung seiner Auffassung, daß die Miethzinse der Geschäftslokalitäten dem Kläger bis zum Momente der Auflösung des Miethvertrages und nicht blos bis zum 30. Septbr. 1885 zur Last fallen, auf Dispositiv 4 des schiedsgerichtlichen Urtheils beruft, so kann hierorts nicht zugegeben werden, daß diese Bestimmung in dem angedeuteten Sinne ausgelegt werden könne. Dieselbe sagt, daß die Geschäftspassiven und Auslagen seit 1. Januar 1885 zu Lasten von Kunkler fallen, die Miethzinse für die Geschäftslokalitäten sind nun aber vom Momente der Uebernahme der letztern durch einen Associé an *im Verhältniss zum Andern* sicherlich keine Geschäfts- bezw. Firmapassiven mehr. Gegenüber dem Vermiether mögen sie diesen Charakter beibehalten, weil die Gesellschaftsauflösung und Geschäftsübertragung ihn zunächst nichts angeht, sondern die Gesellschafter ihm nach wie vor aus dem Miethvertrage und zwar für die ganze Dauer desselben solidarisch haften, unter den Gesellschaftern selbst aber ändert sich dieser Charakter. Das schiedsgerichtliche Urtheil vertritt im vorliegenden Fall den Auflösungsvertrag und wenn nun gesagt werden muß, es bestimme dasselbe, daß der Beklagte mit dem 30. September 1885 das *gesammte* Geschäft also auch die Geschäftslokalitäten übernehme, in das Miethverhältniß der Firma eintrete, so spricht es aus, daß das letztere von da an unter den Gesellschaftern als ein solches des Geschäftsübernehmers gelte und folglich auch die von diesem Zeitpunkt an daraus entspringenden Verbindlichkeiten solche des letztern persönlich und nicht beider Gesellschafter bezw. der ehemaligen Firma, des ehemaligen Geschäftes sein sollen. Sobald gesagt werden muß, daß die Geschäftsübergabe, welche das schiedsgerichtliche Urtheil vorsieht, eine auch die Geschäftslokalitäten umfassende sei, so kann der Sinn von Dispositiv 4 des letztern unmöglich der sein, daß Kläger die Miethzinse für jene Lokalitäten auch noch über die Zeit ihrer Uebernahme durch den Beklagten hinaus praestiren müsse, jedenfalls ist soviel klar, daß eine derartige Willensmeinung *ausdrücklich* hätte kund gegeben werden müssen und hätte sie obgewaltet, sicherlich auch expressis verbis in das Urtheil niedergelegt worden wäre. Daß die Geschäftsübernahme im Sinne des schiedsgerichtlichen Urtheils den mehrerwähnten Umfang habe, ist bereits gezeigt worden und damit nach dem Gesagten festgestellt, daß die Bestreitung des Miethzinses der Geschäftslokalitäten vom 30. September 1885 an Sache des Beklagten war. Wenn dieser in den Partheischriften darauf anspielte, daß er in Basel nöthigenfalls ein Erläuterungsverfahren einleiten und durchführen wolle, so konnte das Gericht darauf keine Rücksicht nehmen, weil es gewiß nicht angeht, daß eine Partei, die aus einem gerichtlichen Urtheil Ansprüche ableitet oder solche des Gegners aus demselben zu widerlegen sucht, zunächst die

freie Interpretation dieses Urtheils durch den Richter anruft, falls diese aber zu seinen Ungunsten ausfallen sollte, deren Nichtanerkennung ausspricht und pretendirt, daß der angerufene Richter darüber gar nicht zu entscheiden habe, sondern der Sinn des Urtheils auf dem Wege der Erläuterung festgestellt werden müsse. Der Beklagte mußte sich entscheiden, ob er den Inhalt des Urtheils auf dem Wege der Erläuterung durch den urtheilenden Richter feststellen, durch Erwirkung eines Erläuterungsurteils einen neuen, für die Parteien formell verbindlichen Rechtsboden schaffen oder aber darauf verzichten und einfach auf die Interpretation des Handelsgerichtes abstellen wolle, nun hat er sich zunächst auf die letztere berufen und damit fällt der erstere Weg dahin, weil nicht beide nebeneinander bestehen können. Eine Erläuterung durch das Schiedsgericht würde, wie schon angedeutet, nicht ein bloßes Interpretationsmittel für das Handelsgericht bilden, sondern wäre absolut entscheidend und für die Parteien bindend, würde also das Selbsturtheilen durch dießseitiges Gericht ausschließen und kann somit der Antrag, das Gericht wolle, wenn es die beklagtische Auslegung des Urtheils nicht acceptire, die Durchführung eines Erläuterungsverfahrens veranlassen, auch nicht von diesem Gesichtspunkte aus begründet werden. Wollte der Beklagte auf ein solches Verfahren nicht verzichten, so hätte er dasselbe einleiten und hierorts ein Gesuch um Sistirung stellen müssen. Die Klagepost 3 ist also gutzuheißen; dagegen ist die Zinsforderung erst vom Tage der Weisung an begründet, weil in dem Briefe des Dr. Kern vom 30. Oktbr. 1885 eine deutliche Mahnung und Inverzugsetzung bezüglich dieser Post nicht gefunden werden kann und nicht behauptet wird, daß eine spätere deutliche Mahnung stattgefunden habe.

4. Uebergehend zu den Klageposten 4 und 5 im Betrage von 300 Fr. und 49 Fr. ist zunächst unbestritten, daß Hans Pümpin und J. Grieder, ersterer als Buchhalter und letzterer als Bureaudiener von der frühern Firma Brunner und Kunkler angestellt worden sind. Vorausgesetzt nun, die Anstellungsverträge haben auch am 30. September 1885 noch bestanden, so sind dieselben auf den Beklagten übergegangen resp. es muß derselbe im Verhältniß zum Kläger als Uebernehmer derselben betrachtet werden, weil er, wie schon ausgeführt, das Geschäft als Ganzes und damit nicht nur die dazu gehörenden Räumlichkeiten, sondern auch die darin beschäftigten Arbeitskräfte übernommen hat. Für die Richtigkeit dieser Auffassung kann lediglich auf die Ausführungen zu Klagepost 3 verwiesen werden, indem was dort mit Bezug auf die Geschäftslokalitäten gesagt wurde, ohne Weiters auch auf die am 30. Septbr. 1885 dem Geschäfte dienstbar gewesenen Arbeitskräfte Anwendung finden muß. Löhne oder Entschädigungen in Folge Nichtkündigung, welche vom 30. September 1885 an aufgelaufen sind, fallen somit ebenso gut zu Lasten des Beklagten, wie die von dort an aufgelaufenen Miethzinse und es kann derselbe seine Befreiung hier ebenso wenig wie dort aus dem Dispositiv 4 des schiedsgerichtlichen Urtheils ableiten, weil dieses dem Kläger nur die bis zum Momente der Geschäftsübernahme durch den Beklagten auflaufenden Geschäftspassiven und Auslagen überbindet. Da nun aktengemäß ist, daß Pümpin Anspruch auf eine zweimonatliche Kündigungsfrist hatte und nicht bestritten wird, daß auch dem Grieder die Entlassung 14 Tage vorher anzuzeigen war, anerkanntermaßen aber weder dem einen noch andern jemals gekündet worden ist, so muß zunächst angenommen werden, daß die Anstellungsverträge am 30. Septbr. 1885 noch bestanden haben, es wäre denn, der Beklagte könnte beweisen, daß Pümpin und Grieder *ihrerseits* schon früher das Geschäft der Firma Brunner und Kunkler verlassen, also *selbst* vor dem 30. September 1885 von den Anstellungen zurückgetreten wären. Ein solcher Rücktritt müßte in dem behaupteten Eintritt derselben in das Privatgeschäft des Klägers erblickt werden, zumal wenn dieser, wie geltend gemacht wird, schon im August 1885 stattgefunden hätte. In diesem Falle würde der Vertragsbruch auf diese Personen fallen, sie wären am 30. September 1885 nicht mehr Angestellte der Firma gewesen und könnte von einem Ueber-

gang der Anstellungsverträge auf den Beklagten nicht gesprochen werden, dann aber lag diesem auch keine Kündigungspflicht ob und kann eine Entschädigungspflicht aus vorzeitiger Entlassung überall nicht in Frage kommen. Sind dagegen Pümpin und Grieder am 30. September 1885 noch Angestellte des Geschäftes gewesen, so liegt eine vorzeitige Auflösung des Dienstvertrages vor und sind ihre aus diesem Titel abgeleiten Entschädigungsansprüche im Prinzip begründet, das Quanitativ aber für diesen Fall nicht bestritten, sondern im Gegentheil ausdrücklich anerkannt. Die Begründetheit der Entschädigungsansprüche vorausgesetzt, ist ferner klar, daß der Kläger, da er dieselben laut den Quittungen Akt No. 18 und 19 getilgt hat, Ersatz seiner bezüglichen Auslagen verlangen kann. Also kommt bloß noch in Frage, ob eben diese Ansprüche begründet waren oder nicht und weil diese Frage nach dem Gesagten einzig davon abhängt, ob der Beklagte zu beweisen im Stande ist, daß die betreffenden Personen ihrerseits schon vor dem 30. September 1885 ausgetreten sind und er diesen Beweis anerboten hat, so mußte ihm derselbe aufgelegt werden. Nun ist zwar eine bezügliche Beweisantretung erfolgt, allein sie stellt sich theils als untauglich und theils als unerheblich dar (was näher nachgewiesen wird) und daraus folgt nach dem bisher Angeführten die Gutheißung der beiden Klageposten. Dagegen sind Zinse auch hier erst vom Tage der Weisung an zuzusprechen, weil eine frühere deutliche Mahnung, die den Beklagten in Verzug gesetzt hätte, aus den Akten nicht ersichtlich ist.

5. Was die Widerklage betrifft, so stellt sich die Hauptpost derselben im Betrage von 32,300 Fr. als eine Schadensersatz-Forderung aus vertraglichem Verschulden dar und zwar soll das letztere darin bestehen, daß der Kläger und Widerbeklagte die ihm durch das schiedsgerichtliche Urtheil (Dispositiv 6) überbundene Verpflichtung: „Die Uebertragung der Patente auf den Namen Brunners beförderlichst besorgen zu lassen," nicht erfüllt habe, immerhin aber wird die Nichterfüllung nur in der Richtung behauptet, daß die Uebertragung der Patente keine beförderliche gewesen sei, sondern der Widerbeklagte dieselbe in unverantwortlicher Weise vernachläßigt habe, in Frage steht also nicht reine Nichterfüllung, sondern nur ungehörige, verspätete Erfüllung. Prinzipiell wird zugegeben werden müssen, daß der Widerbeklagte auch für die Folgen einer derartigen Nichterfüllung einzustehen hat, sofern er nicht beweist, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt. (Art. 110 des O.-R.) Zunächst ist nun aber bestritten, daß überhaupt eine Verspätung vorliege und eventuell muß nach den Parteischriften auch als geltend gemacht betrachtet werden, daß eine allfällig objektiv zu konstatirende Verzögerung dem Widerbeklagten nicht zum Verschulden angerechnet werden hönne. In beiden Richtungen ergeben nun die Akten heute schon mit voller Klarheit, daß von einer Vertragtsverletzung ab Seite des Widerbeklagten keine Rede ist und es kann deßhalb die Widerklage in diesem Punkt ohne Weiters verworfen werden.

Vor Allem aus ist der Zeitpunkt zu bestimmen, von dem an der Widerbeklagte zu erfüllen verpflichtet war und dieser fällt nun keineswegs mit dem 30. September 1885 zusammen. Das dießfalls maßgebende schiedsgerichtliche Urtheil nennt nämlich als solchen den Moment der Uebernahme der Aktiven durch Brunner, dieser aber fällt erst auf den 26. Oktober 1885, wie sich aus der von diesem Tage datirten Uebereinkunft (Akt No. 38) und aus der Correspondenz zwischen Dr. Kern und Dr. Feigenwinter, den ehemaligen Vertretern der Parteien (siehe namentlich Akt Nr. 87) ergibt. Allerdings behauptet nun der Widerkläger, dieser Moment der thatsächlichen Geschäftsübernahme sei deßhalb nicht entscheidend, weil der Widerbeklagte es verschuldet habe, daß dieselbe nicht schon mit dem im Urtheil vorgesehenen Termin (30. September) habe stattfinden können und diese Einwendung dürfte in der That, ihre thatsächliche Richtigkeit vorausgesetzt, als richtig anerkannt werden müssen, allein das behauptete Verschulden des Widerbeklagten ist durch die vorliegenden Akten nicht bewiesen und weiterer Beweis, wenigstens speziell, nicht anerboten worden, beweispflichtig ist aber natürlich der Widerkläger,

weil der Nachweis nicht gehöriger Erfüllung zum Fundament seines Anspruches gehört und um diese feststellen zu können, gewiß zunächst der Beginn der Erfüllungspflicht konstatirt werden muß, woraus wieder folgt, daß soweit Widerkläger den Eintritt des letztern per 30. September 1885 aus einem Erfüllungsverzug des Beklagten hinsichtlich der Geschäftsübergabe ableitet, er die Voraussetzungen dieses Erfüllungsverzuges nachweisen muß. Nicht nur ist übrigens der Beweis dafür nicht geleistet, daß Kunkler *rechtlich* an der verspäteten Geschäftsübernahme schuld ist, sondern es dürfte so ziemlich das Gegentheil aus den Akten herauszulesen sein. Das schiedsgerichtliche Urtheil steht auf dem Standpunkt, daß Brunner erst nach erfolgter Zahlung oder Sicherstellung des Betrages von 20,345 Fr. die Herausgabe der Aktiven zu verlangen berechtigt ist und daß diese Zahlung oder Sicherstellung bis zum letzten Tage des Monates zu geschehen hat, ansonst Brunner das Recht zur Geschäftsübernahme überhaupt verliert und dasselbe auf Kunkler übergeht. Zahlung der 20,345 Fr. hat nun bis zum 30. September 1885 nicht stattgefunden, aber auch Sicherstellung im Sinne des Urtheils scheint bis am Abend des genannten Tages nicht erfolgt zu sein, jedenfalls ist dieß nicht bewiesen. Allerdings geht aus Akt Nr. 110, 111, 112, 83 und 116 hervor, daß dem Widerbeklagten bezw. seinem Vertreter Dr. Kern noch am 30. September eine Bürgschaftsverpflichtung der Herren Bäninger-Ganz und Bindschädler-Ganz in Bülach für die 20,345 Fr. eingehändigt worden ist, allein diese Bürgschaft war demselben nicht genehm und er hat sie deßhalb laut Akt No. 83 zurückgewiesen und dazu war er laut Disp. 3 des schiedsgerichtlichen Urtheils offenbar berechtigt, indem hier deutlich gesagt ist, daß wenn statt Zahlung bloße Sicherheit und zwar durch Bürgschaft geleistet werden wolle, diese dem Herrn Kunkler genehm sein müsse, was absolut nicht Anders verstanden werden kann, als daß er allein darüber zu entscheiden hat, lediglich sein Wille maßgebend und eine Begründung der Rückweisung offerirter Bürgschaft überall nicht erforderlich ist. Diesen Standpunkt hat denn auch das Urtheil offenbar mit vollem Bewußtsein eingenommen, weil eben Brunner allen bezüglichen Unannehmlichkeiten durch Zahlung oder Hinterlage von Werthpapieren aus dem Wege gehen konnte. Uebrigens hat Dr. Kern die Rückweisung der Bürgschaft in Akt No. 83 auch begründet und es kann der diesfälligen Begründung durchaus nicht alle Berechtigung abgestritten werden, namentlich nicht soweit sie dahin geht, daß Kunkler nur Bürgschaft von Seite ihm bekannter Kantonseinwohner annehmen könne. Es ist also durchaus nicht richtig, wenn Dr. Feigenwinter in Akt No. 116 erkärt hat, daß Kunkler durch die Rückweisung der Bürgschaft in Verzug gerathen sei. Nun kommt aber allerdings weiter in Frage, ob die 20,345 Frkn. nicht noch am 30. September 1885 dadurch sichergestellt worden seien, daß der Betrag bei der Basler Handelsbank deponirt oder bei derselben Werthschriften hinterlegt worden seien, auch hätte wohl ohne das eine oder andere eine Erklärung der Bank gegenüber Kunkler genügt, daß sie für den Betrag einstehe, es ist aber nicht bewiesen, daß noch am 30. September Baar- oder Werthschriftendeposition oder auch nur eine Bürgschaftserklärung der Handelsbank erfolgt sei. Die Telegramme Akt No. 113, 114 und 115 an Dr. Feigenwinter und der Brief des letztern an Dr. Kern (Akt No. 116) vermögen diesen Beweis nicht zu leisten, denn es folgt daraus nicht mehr als daß allerdings am 30. September Anstrengungen gemacht wurden, die Basler Handelsbank zu veranlassen, daß sie den fraglichen Betrag als Depositum zur Verfügung des Kunkler halte, daß es aber mit derselben zu einem Abschluß gekommen sei und sie wirklich noch am gleichen Tage dem Kunkler vom Depositum Mittheilung gemacht hätte, ist nicht erwiesen, das Gegentheil geht vielmehr aus dem Briefe Dr. Kerns vom 1. Oktober 1885 (Akt No. 9) hervor, in welchem constatirt wird, daß Dr. Kern und Dr. Feigenwinter am Abend des 30. September zwischen 6 und 7 Uhr auf der Basler Handelsbank waren, der Prokuraträger Zweifel ihnen aber erklärt hat, daß zu Handen Kunklers nichts deponirt sei und die Bank auch jede Verpflichtung oder sonstige Sicherheits-

leistung ablehne. Eine Protestation Dr. Feigenwinters gegen diese Feststellung ist aus den Akten nicht ersichtlich und wird dieselbe daher als der Wirklichkeit entsprechend angesehen werden dürfen. Hat nun aber der Widerkläger am 30. September 1885 weder Zahlung noch Sicherstellung für die 20,345 Frkn. geleistet, so hatte er, wie bereits ausgeführt, das Recht zur Geschäftsübernahme verloren und ist dieses auf Kunkler übergegangen. Diese Rechtsänderung ist denn auch von Dr. Kern in seinem Brief vom 1. Oktober 1885 (Akt 9) besonders konstatirt und auch geltend gemacht worden, indem er dahin schloß, daß wenn nunmehr Brunner trotzdem das Geschäft dringend zu übernehmen wünsche, dieses Sache einer vom schiedsgerichtlichen Urtheil unabhängigen weitern Vereinbarung sei. Auf diesem Rechtsboden angelangt, konnte nun aber Kunkler von da an natürlich nicht mehr in Verzug kommen, weil er keine Verpflichtung zur Geschäftsübertragung mehr hatte. Mit dem Wegfall dieser Verpflichtung fiel ferner auch die auf die Patentübertragung gerichtete weg bis jene wieder hergestellt war und das ist erst durch die Vereinbarung vom 26. Oktober 1885 geschehen. Natürlich hatte es Kunkler bei dieser Sachlage vollständig in der Hand, die Bedingungen der Geschäftsübernahme durch Brunner nach Belieben zu stellen und es kann sich deßhalb der letztere nicht darüber beschweren, wenn derselbe vorher Aushingabe des größten Theils des Depositums verlangte und sich selbst mit 11,520 Fr. nicht begnügen wollte (siehe Akt No. 45 und 90) und ebenso wenig durfte er verlangen, daß die Kosten der Patentübertragung deponirt werden, wie das geschehen zu sein scheint (siehe Akt No. 85 und 119). Wollte etwa eingewendet werden, daß der Widerbeklagte im Brief vom 6. Oktober (Akt No. 84) auf den am 1. Oktober festgestellten Rechtsstandpunkt, wonach Brunner die Aktiven nunmehr bloß noch auf Grund besonderer Vereinbarung verlangen könne, verzichtet habe, so könnte dieser Einwand nicht gehört werden, denn dort ist nichts weiter gesagt, als das Kunkler dem Wunsche Brunners willfahren wolle, aber sofortige Uebernahme verlange, wobei ganz gut vorbehalten sein konnte, daß die nähern Bedingungen anläßlich der persönlichen Zusammenkunft acceptirt werden. Rechtsverzichte müssen strickte bewiesen sein. Die Uebereinkunft vom 21. Oktober 1885 (Akt No. 38) war, wie die unmittelbar vorangehende Correspondenz beweist, ein Compromiß, durch den die über Geschäfts- und Patentübertragung bestehenden Differenzen erledigt wurden und wobei es ganz offenbar die Meinung hatte, daß ein Erfüllungsverzug bloß noch von da an in Frage kommen solle. Dem widerspricht die Ziffer 3 der Uebereinkunft durchaus nicht, denn ob der eine oder andere bisher in Verzug gewesen sei, gehörte eben gewiß nicht mehr zu den streitigen Fragen, dazu hätte es eines besondern Vorbehaltes bedurft, dieser wurde aber bezüglich der Patente nur in der Richtung gemacht, daß Brunner sich seine Ansprüche aus allfälliger Unvollständigkeit derselben vorbehielt. Die andern vorbehaltenen streitigen Fragen waren die über die Auslegung des schiedsgerichtlichen Urtheils hinsichtlich der Tragung der Geschäftspassiven resp. die aus der verschiedenen Auslegung sich ergebenden Streitfragen über die Schuldpflicht der Contrahenten bezüglich verschiedener Passivposten.

7. Ist hienach davon auszugehen, daß ein Erfüllungsverzug des Wiederbeklagten bezüglich der Patentübertragung erst vom 26. Oktober 1885 an in Frage kommen kann, so bleibt weiter zu prüfen, ob und inwiefern ein solcher nun wirklich eingetreten sei und in dieser Richtung ist nun zunächst die Stellung des Patentagenten Blum von Bedeutung d. h. es kommt in Frage, ob dieser nicht in gewissem Sinne auch der Vertreter des Widerklägers gewesen oder von diesem wenigstens in dem Sinne als Vertreter (Substitut, Mandatar) des Widerbeklagten anerkannt worden sei, daß eine förmliche vertragliche Zustimmung zu seiner Wahl als Agent für die Besorgung der Patentübertragung in der Meinung angenommen werden darf, daß Kunkler für eine allfällig dem Blum allein ohne sein Mitverschulden zur Last fallende Verzögerung nicht einzutreten habe. Die letztere Annahme entspricht nun voll und ganz dem Akteninhalt. Beiden

Theilen war klar, daß der Widerbeklagte Mangels der erforderlichen Routine auf diesem Gebiet die Uebertragung nicht persönlich besorgen könne, sondern daß es dazu eines in dieser Branche erfahrenen Agenten bedürfe und da nun diese Eigenschaft dem Herrn Blum in vollem Maße zukam und da er gleichzeitig der Vertrauensmann Brunners war, so gelangten die Parteien am 26. Oktbr. 1885 zu der Uebereinkunft, den Agenten Blum mit der Patentübertragung zu betrauen und dabei hatte es, wie jener Vertrag deutlich genug zeigt, die Meinung, daß der Widerbeklagte seine Verpflichtungen erfüllt habe, sobald von ihm Alles dasjenige geschehen sei, was seinerseits geschehen mußte, um eine möglichst rasche Durchführung der Patentübertragung durch den beklagtischen Vertrauensmann Blum zu ermöglichen. Der Vertrag vom 26. Oktober 1885 bestätigt nicht bloß die Pflicht Kunklers, für die beförderliche Uebertragung der Patente auf den Namen Brunners zu sorgen, sondern er geht einen Schritt weiter und befaßt sich bereits mit der Feststellung der Art und Weise, wie diese Pflicht erfüllt werden soll. Es wird festgestellt, daß Kunkler dem Blum, also ihm und keinem andern, für die Beschaffung der Uebertragungsdokumente einer- und für die nachherige Uebergabe derselben an Brunner anderseits Vollmacht ertheilen soll und zur Sicherung dafür, daß dieß geschehen werde, wurde die sofortige Uebergabe sämmtlicher Patente mit Ausnahme des englischen an Dr. Feigenwinter zu Handen des Blum verlangt und auch bewerkstelligt. Hätte es dabei die Meinung gehabt, daß der Widerbeklagte auch dann noch nicht erfüllt habe, wenn er dem Blum jene Vollmachten ertheilt und sowohl durch pünktliche Berichtigung seiner Ansprüche als prompte Ausführung der von demselben empfangenen Anweisungen das für eine rasche Durchführung der Uebertragungsangelegenheit Erforderliche gethan habe, sondern dass er überdem für die denkbar schnellste Erledigung der Angelegenheit durch Blum verantwortlich sei, so würde das unzweifelhaft speziell gesagt worden sein und hätte Brunner nicht bloß einen Vorbehalt bezüglich allfälliger Unvollständigkeit der Patente gemacht; vielleicht hätte sich dann der Kläger und Widerbeklagte auch das Recht gewahrt, einen andern Agenten mit der Sache zu betrauen, was nicht geschehen ist; der Brief Act. Nr. 85 fällt hier deßwegen außer Betracht, weil er vor dem 26. Oktober 1885 (schon am 17. gl. Mts.) geschrieben und der darin erwähnte Vorbehalt genannter Art eben später nicht mehr festgehalten worden ist. Diese Auffassung ist denn auch vom frühern Vertreter des Widerbeklagten, Dr. Kern in Basel, in seinem Briefe vom 27. November 1885 (Act 91) an den damaligen Vertreter des Widerklägers, Dr. Feigenwinter des deutlichsten ausgesprochen worden und es ist nicht ersichtlich, daß dieselbe damals irgendwelchen Widerspruch erfahren habe. Dr. Kern zeigt dort an, daß die Uebertragung des englischen Patentes geordnet sei, daß er sich im Besitze der Uebertragungsdokumente befinde und knüpft daran den Satz: „damit ist von Herrn Kunkler Alles gethan, nachdem die übrigen Patente schon längst in Ihren Händen sich befinden“ eine Bemerkung, die kaum Anders als dahin ausgelegt werden kann, daß mit Uebergabe der andern Patente an Blum, Bevollmächtigung desselben zur Durchführung der Uebertragung und nachherigen Aushändigung der Uebertragungsdokumente an Brunner, sowie mit Beschaffung der Cessionen für das englische Patent von Seite Kunklers Alles gethan sei, was ihm nach dem schiedsgerichtlichen Urtheil, praecisirt durch die Uebereinkunft vom 26. Oktober 1885 zu thun obliege. Daß nun aber der Widerbeklagte die mehrerwähnten Vollmachtsertheilungen an Blum rechtzeitig vornahm, wird nicht bestritten und im Fernern nicht behauptet, daß derselbe die beförderliche Beschaffung der Uebertragungsdokumente durch Blum etwa dadurch verzögert habe, daß er diesen nicht honorirt oder mit dessen Honorirung in Verzug gerathen oder endlich dessen Anweisungen nicht pünktlich befolgt habe und übrigens geht die pünktliche Erfüllung aller dieser Verpflichtungen mit solcher Deutlichkeit aus der Correspondenz zwischen Kunkler und Blum hervor, daß es eines Nachweises dafür im Detail nicht bedarf (siehe

Akt No. 13c—40). Ob dem Blum persönlich ein Verzug zur Last falle, ist nach dem Gesagten unerheblich und übrigens fehlt es der Widerklagebegründung auch an einer gehörigen Fundirung in dieser Richtung, indem nicht gezeigt wird, in welchen Richtungen Agent Blum in seiner Geschäftsbesorgung nachlässig gewesen sei. Der Grund dieser Unterlassung ist naheliegend, er kann nur darin gefunden werden, daß es nach der bereits zitirten Correspondenz zwischen Blum und Kunkler nicht möglich war, eine Nachlässigkeit Blums mit Bezug auf die von ihm behufs Beschaffung der Uebertragungsdokumente entwickelte Thätigkeit nachzuweisen, zumal die betreffenden Briefe so ziemlich das Gegentheil darthun. Die Anrufung des Beweismittels der Expertise dafür, daß die Uebertragungen in 2—3 Monaten hätten bewerkstelligt werden können, ist nicht zu berücksichtigen, wo sich, wie hier aus den Akten ergibt, daß die Verzögerung, soweit überhaupt eine solche eingetreten ist, ihren Grund lediglich darin hat, daß die betreffenden Dokumente bei den zuständigen Behörden der Patentländer zu lange liegen geblieben sind, die Abwicklung der Angelegenheit durch diese Behörden nicht mit der wünschbaren Raschheit erfolgt ist. Der Widerkläger stellt hauptsächlich darauf ab, daß er die Uebertragungsdokumente erst am 16./18. August 1886 empfangen habe, allein wenn auch dem so sein sollte, wie allerdings aus Akt No. 13y, 46 und 92 hervorzugehen scheint, so kann diesem Umstand aus dem doppelten Grunde keine entscheidende Bedeutung beigelegt werden, weil er wenigstens die meisten Dokumente, wenn es ihm überhaupt darum zu thun gewesen wäre, früher hätte erhalten können und weil der Widerbeklagte jedenfalls für eine Verzögerung in der Uebergabe der bereits im Besitze Blums befindlichen Dokumente von Seite dieses an den Widerkläger nicht aufzukommen hat. Die Uebereinkunft vom 26. Oktober 1885 ist zum Allermindesten in dem Sinne schlüssig, daß die Erfüllung des Widerbeklagten spätestens als mit dem Momente erfolgt betrachtet wurde, in welchem die Uebertragungsdokumente in den Besitz des Agenten Blum gelangten. Der letztere hatte absolut kein vernünftiges Interesse, diese Dokumente seinem Freunde, dem Widerkläger vom Empfange derselben an auch nur eine Stunde vorzuenthalten; das war am 26. Oktober 1885 beiden Contrahenten vollständig klar, sie nahmen als selbstverständlich an, daß der Besitz der Dokumente durch Blum gleichbedeutend sei mit dem Besitz derselben durch den Widerkläger, weil es nur eines Wortes von seiner Seite bedürfe, um dieselben zu erhalten und deßhalb begnügte man sich mit der Ermächtigung Kunklers an Blum, solche sofort nach Empfang an Brunner „auszuweisen“. Nun ergibt sich aus Akt No. 13 w und y und Akt No. 92 und 134, daß Blum bis Ende Januar 1886 jedenfalls die Uebertragungsdokumente zu den Patenten Frankreichs, Deutschlands, Italiens, Belgiens und Englands bereits besaß und nur noch diejenigen zu den Patenten Spaniens, Nordamerikas und Oestreich-Ungarns ausstanden. Nach Akt No. 92 scheinen auch diejenigen aus Spanien und Amerika bald eingelaufen zu sein, wenigstens wurden die Uebertragungen in den genannten Ländern schon am 4. und 27. Januar 1886 registrirt, einzig die Dokumente aus Oestreich-Ungarn waren erst im August 1886 erhältlich. An Hand dieser Thatsachen erklärt sich denn auch, warum der Widerkläger im summarischen Verfahren ausdrücklich zugegeben hat, sämmtliche Uebertragungsdokumente mit Ausnahme derjenigen aus Spanien. Amerika und England zu besitzen, er wußte eben, daß dieselben bei Blum lagen und ihm zur jederzeitigen Verfügung stehen, von einem bei dieser Anerkennung unterlaufenen Irrthum, wie nun nachträglich, — kaum in gutem Glauben, — geltend gemacht werden will, ist also hier keine Rede. Objektiv unrichtig, ob irrthümlich mag dahin gestellt bleiben, war dagegen die Behauptung, daß die Dokumente aus England noch nicht da seien, denn wie Akt 134 beweist, besaß Agent Blum dieselben in jenem Zeitpunkt, und wie bereits angedeutet, ist es mehr als wahrscheinlich, daß auch diejenigen aus Spanien und Amerika da waren, jedenfalls wäre es Sache des Widerklägers gewesen, zu behaupten und zu beweisen, daß dieselben später angelangt sind,

eine dießfällige Behauptung ist aber von ihm gar nicht aufgestellt worden. Er nimmt nun selbst den Standpunkt ein, daß es mindestens 2—3 Monate bedurft habe, um die Uebertragungsdokumente zu beschaffen und daraus, in Verbindung mit der Annahme, daß der Beginn der Erfüllungszeit erst auf den 26. Oktober 1885 angesetzt werden darf, würde folgen, daß auch nach seiner Ansicht ein Verzug bis ca. Ende Januar 1886 keinenfalls eingetreten ist, wenn ihm nun aber damals beinahe sämmtliche Uebertragungsdokumente beim Agenten Blum zur Verfügung standen, so kann er eben nicht von ungehöriger Vertragserfüllung reden. Es macht überhaupt das Auftreten des Widerklägers bezüglich des hier in Frage stehenden Klagepunktes durchaus den Eindruck, daß er nicht in gutem Glauben handle. Er behauptet, mit Blum in keinerlei Verkehr gestanden zu haben und es ist Thatsache, daß er vom 26. Oktober an der Patente wegen keine einzige Reklamation an den Widerbeklagten gelangen ließ, bringt man aber mit diesem Benehmen die Ausführungen in Verbindung, wonach er diese Dukumente so dringend als möglich bedurft hätte, so kann man sich des Eindruckes nicht erwehren, daß diese ganze Schadensersatzforderung bloß aus Zahlungsflucht gestellt worden ist. Schließlich ist im Speziellen bezüglich der Dokumente aus Oestreich-Ungarn noch zu konstatiren, daß Agent Blum die Beschaffung derselben laut Akt No. 135 gerade derjenigen Persönlichkeit übertragen hat, auf welche sich der Widerkläger dafür beruft, daß dieselbe in 2—3 Monaten möglich gewesen wäre und daß es dieser Person (Patentanwalt Palm), welche den Auftrag am 2. Dezember 1885 erhielt, nicht gelang, die Dokumente vor Anfang August 1886 zu beschaffen, weil die östreichisch-ungarische Patentbehörde mit ihren Arbeiten im Rückstande war. Diese Feststellung zeigt deutlich, welchen Werth das vom Widerkläger vorgelegte Aktenstück No. 47 hat und wie wenig es möglich ist, durch Expertise festzustellen, daß im einzelnen Fall eine schuldhafte Verzögerung stattgefunden hat, sowie daß in concreto am verspäteten Eingang dieser Dokumente weder Blum noch viel weniger der Widerbeklagte schuld ist; höchstens den Widerkläger selbst trifft eine Schuld und zwar insofern, als er mit keinem Worte darauf aufmerksam machte, daß die Sache pressire, denn hätte er das gethan, so wären vielleicht auch die Reklamationen an Palm und von diesem an die Patentbehörde in größerer Aufeinanderfolge und energischer erfolgt, was möglicherweise zu einem günstigern Resultat geführt hätte.

8. Wenn nun aus dem Gesagten hervorgeht, daß dem Widerbeklagten eine ungehörige, speziell verspätete Vertragserfüllung nicht zur Last fällt, so mangelt es am Fundament für die Widerklageposten von 8376 Fr. 60 Rp., Kosten der Patenterwerbung laut Bilanz, 1370 Fr., Kosten der neuen Patente und 20,000 Fr. Schadenersatz und sind dieselben deßhalb ohne Weiters zu verwerfen. Die 2612 Fr. 75 Patent-Unkosten seit 1. Januar 1886 (in der Replikschrift Akt No. 104 reduzirt auf 2234 Fr. 25) scheint der Widerkläger auch dann zu fordern, wenn ein Erfüllungsverzug Seitens des Widerbeklagten nicht angenommen wird, indem er der Ansicht ist, diese Auslagen gehören zu der Uebertragung der Patente und deßhalb seinen Ersatzanspruch auf Dispositiv 6 des schiedsgerichtlichen Urtheils stützen zu können glaubt. Diese Auffassung ist jedoch eine augenscheinlich unhaltbare. Es handelt sich hier um Patentgebühren, welche entrichtet werden mußten, um den Untergang der Patente zu verhindern und um anderweitige Unkosten, welche die thatsächliche Ausübung der Patentrechte in den betreffenden Ländern verursachte, diese Auslagen aber mußte nach dem Sinn des schiedsgerichtlichen Urtheils ganz selbstverständlich derjenige tragen, welcher das Geschäft und damit auch die Patente übernahm und das war nicht der Widerkläger, sondern der Widerbeklagte. Disp. 6 des Schiedsspruches überbindet dem Widerbeklagten nur die Verpflichtung, die Uebertragung der Patente *auf den Namen Brunners* besorgen zu lassen, die *Namens*übertragung und etwas weiteres nicht hatte er *auf seine Kosten* zu bewirken und folglich können ihm auch nur die für Beschaffung der Uebertragsdokumente erwachsenen Auslagen belastet werden, zu diesen aber gehören

die hier in Frage kommenden Unkosten nicht. Indem Brunner das Geschäft übernahm, hat er eben die Alleinausbeutung seiner Erfindung übernommen, alle Vortheile dieser sind von nun an wieder ihm ausschließlich zugekommen und folglich hat er gewiß auch die damit verbundenen Kosten zu tragen, die Patentausübungskosten aber gehören eben einfach zu den Geschäftskosten. Alles das wußte und weiß denn auch der Widerkläger ganz gut und deßwegen allein hat er die Kosten bestritten, nicht aber als Geschäftsführer des Widerbeklagten. Zu verweisen ist dießfalls auch auf die Aktenstücke No. 85, 86 und 119, welche unwiderleglich darthun, daß der Widerkläger bis im Prozesse nie der Meinung war, er könne auf Grund von Disp. 6 des Schiedsspruches auch Ersatz der Patentausübungskosten verlangen und dem entsprechend hat er denn auch im summarischen Verfahren einen bezüglichen Anspruch nicht geltend gemacht. Soweit auch diese Klagepost mit dem behaupteten Erfüllungsverzug in Verbindung gebracht werden will, ist sie wegen Nichtvorhandensein des letztern zu verwerfen.

Prozessualisches.

Das unentschuldigte Ausbleiben der beklagten Partei bei der Hauptverhandlung *im Handelsgerichtsprozess* muß die Neuvertagung unter peremptorischer Vorladung des Säumigen im Sinne des § 328 des Rechtspflegegesetzes, d. h. mit der Androhung, daß im Falle abermaligen unentschuldigten Ausbleibens Anerkennung des thatsächlichen Klagegrundes und Verzicht auf Einreden angenommen würde, auch dann und insoweit zur Folge haben, als der Beklagte zufolge einer bezüglichen Auflage im Sinne des § 547 des Rechtspflegegesetzes die Klage bereits in schriftlicher Eingabe beantwortet hat und es darf somit beim zweiten Ausbleiben auf den Inhalt dieser Eingabe keinerlei Rücksicht genommen werden. (Handelsgericht Zürich, 6. Mai 1887. Seidenstrickwaarenfabrik Zürich ca. Münsterberg.)

In dem handelsgerichtlichen Prozesse zwischen den oben genannten Parteien wurde dem Beklagten nach Eingang der Weisung und Klageschrift (§ 542 des Rechtspflegegesetzes) vom Gerichtsvorstand in Anwendung des § 547 leg. cit. Frist angesetzt, um die Klageschrift in Kürze zu beantworten, unter Androhung von Ordnungsbuße. Der Beklagte reichte darauf eine ziemlich weitläufige Klagebeantwortung ein, in welcher er neben einer ziemlich detaillirten Bestreitung der Klagethatsachen auch verschiedene Einreden geltend machte. Nachdem sodann die Referentenaudienz, in welcher indessen der Beklagte nicht erschienen ist, abgehalten war, wurde der Fall zur mündlichen Verhandlung vertagt. Der letztere erschien aber auch hier nicht und zwar ohne sein Ausbleiben in zureichender Weise entschuldigen zu können. Nun entstund die Frage, ob derselbe zur zweiten Tagfahrt unter der Androhung vorgeladen werden dürfe, daß im Falle abermaligen unentschuldigten Ausbleibens *schlechthin* Anerkennung des thatsächlichen Klagefundamentes und Verzicht auf Einreden angenommen würde oder ob nicht vielmehr eine Beschränkung der Androhung in dem Sinne einzutreten habe, daß dieselbe nur ausgedehnt werde auf die Anerkennung der nicht bereits in der *schriftlichen* Klagebeantwortung bestrittenen Klagethatsachen und den Verzicht der nicht schon hier geltend gemachten Einreden.

Das Gericht entschied für die weitergehende Androhung, also für *Nicht*berücksichtigung der schon in der schriftlichen Klagebeantwortung enthaltenen Bestreitungen und Einreden für den Fall des abermaligen unentschuldigten Ausbleibens des Beklagten und machte diesen in der neuen Vorladung ausdrücklich darauf aufmerksam, trotzdem erschien derselbe aber auch das zweite Mal nicht und es wurde darauf der Androhung Folge gegeben. *Im Urtheil ist dieser Standpunkt wie folgt begründet:*

In § 328 des Rechtspflegegesetzes ist bestimmt, daß wenn die Hauptverhandlung wegen ungerechtfertigten Ausbleibens des Beklagten nicht stattfinden könne, die zweite Vorladung an denselben unter der Androhung

zu erlassen sei, daß sein Ausbleiben als Anerkennung des thatsächlichen Klagegrundes und Verzicht auf Einreden ausgelegt werde. Die Androhung der Annahme des Verzichtes mußte hier aber auch auf diejenigen Bestreitungen und Einreden ausgedehnt werden, welche in der schriftlichen Klagebeantwortung vorgebracht worden waren. Die schriftliche Eingabe, welche mit der Weisung dem Handelsgericht einzureichen ist (§ 542 des Rechtspflegegesetzes) und die Beantwortung der Klage, zu welcher der Beklagte vom Präsidenten des Handelsgerichtes angehalten werden kann, haben gleich den Referentenaudienzen (§. 543 und 472) lediglich den Zweck, den Richter auf die Hauptverhandlung vorzubereiten und ihn in Stand zu setzen, in geeigneten Fällen Anordnungen zu treffen, damit sofort nach der Hauptverhandlung das Urtheil ausgefällt werden kann. Es unterscheiden sich diese Eingaben von den Rechtsschriften im eigentlichen schriftlichen Vorverfahren (§ 487 und folgd.), welches in weitläufigen und verwickelten Prozeßsachen auch im Verfahren vor Handelsgericht angeordnet werden kann, dadurch, daß jene nicht, wie diese, an Stelle der mündlichen Vorträge in der Hauptverhandlung treten. Das Gericht hat bei seinem Entscheid nur die in der Hauptverhandlung vorgebrachten Anträge, Behauptungen, Einreden und Bestreitungen zu berücksichtigen; freilich ist den Parteien im Interesse der Abkürzung der mündlichen Verhandlung gestattet, auf ihre schriftlichen Eingaben zu verweisen, in der Meinung, daß dieselben als integrirenden Bestandtheil ihrer Vorträge gelten sollen. Erscheint aber der Kläger an der Hauptverhandlung nicht, so gilt trotz seiner schriftlichen Eingabe die Klage als nicht begründet und es ist die zweite Vorladung mit der Androhung zu erlassen, daß abermaliges unentschuldigtes Ausbleiben als Abstand von der Klage ausgelegt würde. Ebensowenig kann der Beklagte, welcher es unterläßt, die thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, auf welche er seine Klagebestreitung stützt, in der Hauptverhandlung dem Gerichte vorzutragen, seine schriftlichen Vorbringen für sich in Anspruch nehmen. Die gegentheilige Auffassung hätte zur Folge, daß einer Partei, welche den an sie ergangenen Vorladungen aus irgend welchen Gründen nicht Folge leistet, hieraus kein Nachtheil erwachsen würde, insofern ihr die Möglichkeit gegeben war, mit einer erschöpfenden schriftlichen Eingabe alle ihr zu Gebote stehenden Vertheidigungsmittel geltend zu machen. Es kann aber nicht der Wille des Gesetzes sein, einer säumigen Partei die gleiche prozessualische Stellung zu gewähren wie einer gehorsamen Partei. Ueberdem würde das Prinzip der Mündlichkeit, welches auch das handelsgerichtliche Verfahren beherrscht, vollkommen illusorisch gemacht.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Oktober 1887. VI. Band. № 19.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Entscheid

der

Appellationskammer des Obergerichtes

des Kantons Zürich

vom 24. September 1887

in Sachen

der *Schweizerischen Nordostbahngesellschaft in Zürich*, Kassationsklägerin, betreffend Nichtigkeitsbeschwerde über einen Entscheid des Schweizerischen Bundesrathes.

Thatsächliches:

1. In den Jahren 1872 und 1873 schloss die Schweiz. Nordostbahngesellschaft folgende Verträge ab, durch welche sie sich theils zum Bau und Betrieb verschiedener Eisenbahnlinien, theils zur Betheiligung bei solchen Unternehmungen verpflichtete:

a. für die Linie *Koblenz-Stein*, mit dem aargauischen Regierungsrathe und der Schweiz. Zentralbahngesellschaft;

b. für eine *rechtsufrige Zürichseebahn* mit dem Zentralkomite für Begründung dieser Bahn;

c. für *Eglisau-Schaffhausen* mit dem Initiativkomite zur Anstrebung einer Eisenbahn von Bülach nach Schaffhausen;

d. für *Etzweilen-Schaffhausen* mit dem Verwaltungsrathe der Eisenbahngesellschaft Etzweilen-Schaffhausen;

e. für *Thalweil-Zug-Goldau* mit dem Zentralkomite der linksufrigen Zürichseebahn und dem Initiativkomite Thalweil-Zug.

2. Im Jahr 1877 sah sich die Nordostbahngesellschaft gezwungen, dem Bundesrathe die Erklärung abzugeben, daß ihr die Erfüllung der durch diese Verträge übernommenen Verpflichtungen nicht möglich sei, und ersuchte denselben um seine Intervention. Diese wurde gewährt und es kamen sodann mit den unter litt. a, c, d und e genannten Kontrahenten am 1. Juni 1877 sogenannte Moratoriumsverträge zu Stande, welche jeweilen folgenden Artikel enthalten:

Zur Inangriffnahme der Arbeiten an der Linie . . . wird der Schweiz. Nordostbahngesellschaft Frist bis Ende 1885 gewährt, und zwar in dem Sinne,

„a. daß dannzumal der Bundesrath zu entscheiden hat, ob die Nordostbahn wieder genügend erstarkt sei, um die Arbeiten an den Linien . . . . und eventuell Zürich-Rapperswyl und Dielsdorf-Niederweningen an die Hand zu nehmen, und in welcher Reihenfolge dies zu geschehen habe, und

„b. daß, wenn in der Zwischenzeit ein Bewerber die Linie . . . . auf einen frühern Zeitpunkt zu vollenden übernehmen wollte, die Nordostbahngesellschaft gehalten wäre, die Konzessionen demselben abzutreten, sofern sie nicht binnen Frist die gleiche Verpflichtung erfüllen zu wollen erklären würde."

Am 16. Januar 1878 kam auch ein solcher Vertrag mit dem unter lit. b genannten Komite zu Stande, dessen Art. 1 lautet:

„Die Bestimmungen des am 3. und 4. Mai und 1. Juni 1877 von den Unternehmungen Bülach-Schaffhausen, Etzweilen-Schaffhausen, Thalweil-Zug und Koblenz-Stein der schweizerischen Nordostbahn gewährten Moratoriums, wonach die Bauten bis Ende 1885 eingestellt bleiben dürfen und der Bundesrath zu entscheiden hat, ob dannzumal die Nordostbahngesellschaft wieder genügend erstarkt sei, um die Arbeiten wieder aufzunehmen, und in welcher Reihenfolge dies zu geschehen habe, finden auch auf die rechtsufrige Zürichseebahn Anwendung."

3. Inzwischen hatte die Nordostbahngesellschaft bei der Bundesversammlung das Gesuch gestellt, daß ihr für die bezeichneten Linien diejenigen Fristerstreckungen gewährt werden möchten, welche den Moratoriumsvereinbarungen entsprechen. Diesem Gesuche entsprach die Bundesversammlung, indem sie durch Bundesbeschluß vom 14. Februar 1878 in Bezug auf die in den Konzessionen bestimmten Fristen einerseits und in Bezug auf die dem Bundesrathe übertragene Entscheidung anderseits folgende Bestimmung traf:

„Unter Vorbehalt erworbener Rechte werden die für die Bahnkonzessionen Thalweil-Zug, Etzweilen-Schaffhausen, Bülach-Schaffhausen, Koblenz-Stein und rechtsufrige Zürichseebahn von den kantonalen und Bundesbehörden für den Finanzausweis, Beginn der Erdarbeiten und Inbetriebsetzung dieser Linien aufgestellten Fristen um 8 Jahre erstreckt.

„Soweit unter den Betheiligten eine diesbezügliche Vereinbarung besteht, hat der Bundesrath nach Ablauf des Jahres 1885 entscheiden, ob die Nordostbahngesellschaft wieder genügend erstarkt sei, um den Bau der vorgenannten Linien an Hand zu nehmen, beziehungsweise, was die Linien Etzweilen-Schaffhausen und Koblenz-Stein betrifft, ihre bezüglichen Vertragspflichten zu erfüllen, und in welcher Reihenfolge dies zu geschehen habe, und er wird dann unvorgreiflich den gesetzlichen Befugnissen der Bundesversammlung für jede einzelne Linie die Ausweis- und Bautermine neu festsetzen."

4. Nachdem verschiedene Versuche, welche theils im Jahr 1883 von Seite der Moratoriumslinien, theils später von Seite der Nordostbahngesellschaft ausgegangen waren, um ein gütliches Abkommen zwischen den Kontrahenten zu erzielen, sowie auch die Versuche des Bundesrathes im Jahr 1886, das ganze Unternehmen der Nordostbahn zu Handen des Bundes käuflich zu erwerben, gescheitert waren, traf der Bundesrath, gestützt auf das inzwischen eingeholte Gutachten dreier durch ihn ernannter Experten, unterm 23. Juni 1887 folgenden Entscheid:

„Der Bundesrath hat in Entscheidung der ihm durch die Moratoriumsverträge sowie durch den Bundesbeschluß vom 14. Februar 1878 (Art. 3, Al. 2) zur Erledigung übertragenen Frage

beschlossen:

„1. Die Gesellschaft der Schweizerischen Nordostbahn ist genügend erstarkt, um den Bau

der linkseitigen Zürichseebahn (Thalweil-Zug),

der Eisenbahn von Bülach nach Schaffhausen und

der rechtsufrigen Zürichseebahn

an die Hand zu nehmen und, was die Linie Koblenz-Stein und diejenige von Etzweilen nach Schaffhausen betrifft, die bezüglichen Vertragsverpflichtungen zu erfüllen.

„2. Der Bundesrath wird die Reihenfolge bestimmen, in welcher die Erfüllung der obigen Verpflichtungen zu geschehen hat, und es erhält das Eisenbahndepartement den Auftrag, den daherigen Bericht und Antrag ohne Verzug vorzulegen.

„3. Die gesetzlichen Befugnisse der Bundesbehörden in Bezug auf die Verlängerung

der für diese Linien ertheilten Konzessionen, den Finanzausweis, sowie in Bezug auf die Bautermine, bleiben vorbehalten."

5. In den Erwägungen dieses Entscheides wird ausgeführt, daß die Nordostbahngesellschaft gegenwärtig noch nicht als genügend erstarkt erscheine, um die zum Bau der Moratoriumslinien nöthigen Gelder auf dem Wege des Anleihens zu beschaffen und die Zinse des letztern aus den jährlichen Reinerträgnissen zu bestreiten, daß dagegen die Frage der Erstarkung bejaht werden müsse, sobald die jährlichen Reinerträgnisse selbst in erster Linie zur Bestreitung der Baukosten verwendet werden. Durch den Entscheid, daß sie in diesem Sinne als genügend erstarkt erscheine, werde aber die Nordostbahngesellschaft verpflichtet, die Mittel, welche ihre materielle Stärke ausmachen, zum Bau der verschobenen Linien zu verwenden und sich jeder Maßregel zu enthalten, durch welche die Erstarkung wieder gefährdet werden könnte.

6. Schon unterm 6. Juni 1887, nämlich bei Gelegenheit der Prüfung der Rechnungen und der Bilanz der Nordostbahngesellschaft über das Jahr 1886, eröffnete der Bundesrath der Letztern, daß er ihr eine Verfügung über den Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung des Jahres 1886 für so lange untersage, als er den ihm zugewiesenen Entscheid über die Frage der hinlänglichen Erstarkung noch nicht erlassen haben werde, da bei demselben nothwendig auch die Frage in Betracht fallen müsse, wie der Reinertrag des Jahres 1886 bei Beurtheilung dieser Frage in Rechnung zu bringen sei.

Die Direktion der Nordostbahn reklamirte sofort gegen diese Maßregel, weil über die dem Bundesrathe durch die Moratoriumsverträge übertragenen Kompetenzen hinausgehend. Mit Zuschrift vom 23. Juni 1887 erklärte aber der Bundesrath, daß er an seinem Verbote der Verfügung über den Reinertrag festhalten müsse und zwar aus den in seinem Entscheide über die Erstarkungsfrage vom gleichen Tage angeführten Gründen.

7. Mit Eingabe vom 20. August erhebt Prof. Dr. Meili in Zürich im Auftrage der Nordostbahndirektion, und gemäß einem bezüglichen Beschlusse der Generalversammlung dieser Gesellschaft vom 28. Juni 1887, „Nichtigkeitsbeschwerde gegenüber einem Theile des schiedsrichterlichen Entscheides des Bundesrathes vom 23. Juni 1887, und gegen die schiedsrichterliche Verfügung des Bundesrathes vom gleichen Tage," und stellt, unter Anrufung des § 704, Ziffer 1 und 2 des Gesetzes betreffend die zürcher. Rechtspflege, das Begehren, es sei:

a. Das Urtheil vom 23. Juni 1887 in soweit aufzuheben, als darin eine Beschlagnahme auf alle künftigen Reineinnahmen der Nordostbahn enthalten und ferner ausgesprochen sei, daß die Reihenfolge der Bauausführungen nicht von vorneherein für alle Linien aufzustellen, sondern successive im Verlauf der Zeit zu bestimmen sei und daß das weitere Verfahren in diesem Sinne stattfinden solle;

b. die Verfügung vom 23. Juni 1887 in ihrer Totalität aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

In der rechtlichen Begründung dieser Beschwerde wird ausgeführt:

Der Entscheid des Bundesrathes vom 23. Juni 1887 sei ein schiedsgerichtliches Urtheil; durch dasselbe habe aber der Bundesrath einerseits die ihm als Schiedsrichter übertragene Kompetenz überschritten, insofern er darin die Reineinnahmen der Nordostbahn zu Gunsten der Moratoriumslinien mit Beschlag belege; dieser Theil des Schiedsspruches müsse daher dahin fallen, gleich wie die Verfügung vom 6./23. Juni, weil diese sich darstelle als ein Akt der Vollziehung, zu einem solchen aber der Schiedsrichter nicht befugt sei.

Anderseits enthalte der Entscheid des Bundesrathes keine vollständige Lösung der ihm durch die Moratoriumsverträge zugewiesenen Aufgabe, indem er den Entscheid über die Reihenfolge der Bauausführungen auf später verschiebe; es müsse daher die ganze Angelegenheit behufs Verbesserung dieses Mangels dem Bundesrathe zu neuer Prüfung und Entscheidung zurückgewiesen werden.

Entscheidungsgründe:

1. Die *Kompetenz der zürcherischen Gerichte* und *speziell der diesseitigen Gerichtsstelle* zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist, vorausgesetzt daß der angefochtene Entscheid des Bundesrathes als ein schiedsgerichtliches Urtheil aufzufassen sei, nicht in Zweifel zu ziehen. Nach § 707 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die zürcherische Rechtspflege gehen nämlich Nichtigkeitsbeschwerden gegen schiedsgerichtliche Urtheile an diejenige Gerichtsstelle, welche anzurufen gewesen wäre, wenn der zuständige ordentliche Richter entschieden hätte. Hätten die sogen. Moratorienverträge sich damit begnügt, einfach zu vereinbaren, die Nordostbahngesellschaft habe die von ihr gegenüber den einzelnen Komites eingegangenen Bauverpflichtungen vor Ablauf des Jahres 1885 überhaupt nicht, und nach Ablauf dieser Frist nur unter der Bedingung zu erfüllen, daß sie genügend erstarkt sei, um die Arbeiten an Hand zu nehmen, hätten alsdann nach dem Jahr 1885 die Moratoriumskomites unter der Behauptung, diese Bedingung sei nunmehr eingetreten, Erfüllung verlangt, die Nordostbahn aber dies bestritten und hätte daher diese Klage durch das ordentliche Gericht entschieden werden müssen, so wäre es offenbar Sache der ersteren gewesen, klagend gegen die letztere aufzutreten, und zwar bei dem Bezirksgerichte Zürich als dem Domizil der Nordostbahngesellschaft. Zum Entscheide einer Kassationsbeschwerde über ein rechtskräftig gewordenes Urtheil dieses Gerichtes wäre sodann gemäß § 103 des Gesetzes betreffend die zürcherische Rechtspflege die Appellationskammer des Obergerichtes zuständig gewesen. Ist nun aber an Stelle dieses ordentlichen Richters ein Schiedsgericht getreten, so ändert an dieser Kompetenzfrage der Umstand nichts, daß der Entscheid des ordentlichen Richters noch an eine zweite Instanz gezogen werden könnte, und daß zum Entscheide einer Nichtigkeitsbeschwerde über ein zweitinstanzliches Urtheil das Kassationsgericht zuständig wäre; denn nach § 738 unterliegen schiedsgerichtliche Urtheile in der Regel den ordentlichen Rechtsmitteln nicht, sondern werden ohne Weiteres rechtskräftig, und es ist daher nach einer durchaus feststehenden Praxis der zit. § 707 Abs. 2 immer dahin ausgelegt worden, daß hinsichtlich der Zuständigkeit für Nichtigkeitsbeschwerden schiedsgerichtliche Urtheile einem rechtskräftigen Urtheile des *erstinstanzlich* zuständigen ordentlichen Richters gleichzustellen seien.

2. Die Beschwerdeführerin stellt, um die Anrufung einer *gerichtlichen Instanz* gegenüber dem Bundesrathe, welcher selbst erkläre, daß er eine rein zivilrechtliche Frage entscheide, zu rechtfertigen, den Satz auf: „Jedes Privatrecht und jede zivilrechtliche Frage stehe unter der Hut und Kontrole der Zivilgerichte“. Dieser Satz ist wohl, was die Reaktion gegen allfällige Verletzungen wohlerworbener Privatrechte anbetrifft, kaum zu bestreiten. Wenn die Beschwerdeführerin behauptet, durch den bundesräthlichen Entscheid in ihren Privatrechten verletzt worden zu sein, so mag sie deshalb im ordentlichen Prozeßverfahren gegenüber wem immer diese Rechte wahren. Zur Stunde geht ihre Beschwerde nur dahin, daß der Bundesrath als Schiedsrichter durch seinen Entscheid in zwei Richtungen das von den Betheiligten erhaltene Mandat verletzt habe, und sie verlangt daher einstweilen mittelst ihrer Nichtigkeitsbeschwerde nur Aufhebung, beziehungsweise Verbesserung dieses Entscheides. Es handelt sich also gegenwärtig um eine *zivilprozessualische* Frage und eine solche kann nur dann gestellt werden, wenn der angefochtene Entscheid des Bundesrathes als solcher überhaupt unter den Gesichtspunkt eines zivilprozessualischen Aktes fällt, d. h. wenn derselbe, wie allerdings behauptet wird, einem Urtheil und speziell einem schiedsgerichtlichen Urtheile gleich zu achten ist. Dies ist nun aber unter keinem Gesichtspunkte der Fall.

3. Schon das *Verfahren*, welches der Bundesrath beobachtete, entspricht nicht den für jedes richterliche, auch das schiedsgerichtliche Verfahren wesentlichen Vorschriften, namentlich bezüglich des rechtlichen Gehörs (vgl. § 735 des Gesetzes betreffend die zürcherische Rechtspflege). Wohl hat der Bundesrath die durch ihn bestellten technischen

Experten angewiesen, sich von allen Betheiligten die nöthigen Aufschüsse geben zu lassen; aber ihm selbst, dem entscheidenden Kollegium gegenüber hat sich nur die Nordostbahn ausgesprochen, welche veranlaßt worden war, ihm das nöthige Material zur Beurtheilung des zu entscheidenden Punktes vorzulegen. Abgesehen hievon haben weder schriftliche noch mündliche Verhandlungen vor dem Bundesrathe stattgefunden und sind bei ihm keine auf den Entscheid bezügliche Anträge gestellt worden. Auch bei der Bestellung der Experten scheint der Bundesrath, nach der eigenen Behauptung der Beschwerdeführerin, den Parteien kein Vorschlagsrecht eingeräumt zu haben. Wäre überhaupt das Verfahren vor dem Bundesrathe von den Betheiligten als ein schiedsgerichtliches Verfahren betrachtet worden, so hätten sie wohl nicht ermangelt, in die Verträge irgend eine Andeutung darüber aufzunehmen, nach welchem Prozeßrechte sich dasselbe in der Hauptsache zu richten habe. Allein die Verträge geben hierüber keine Auskunft und es liegt auch sonst kein Grund zu der Annahme vor, daß die Parteien z. B. die Anwendung des Zürcher Prozeßrechtes vorausgesetzt, oder daß gar der Bundesrath von sich aus sich demselben habe unterwerfen wollen.

In der Beschwerdeschrift selbst sind die mehrfachen Abweichungen von den gewohnten Regeln des Zivilprozesses zwar sorgfältig hervorgehoben, darunter auch solche, welche ohne Zweifel geneigt wären, nicht nur den ganzen Entscheid, sondern auch das demselben vorausgegangene Verfahren auf Grund des § 704 Ziff. 6 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege zu kassiren. Ein derartiges Begehren stellt aber die Beschwerdeführerin nicht, und das ist wohl der sicherste Beweis dafür, daß auch nach ihrer eigenen Auffassung kein eigentliches schiedsgerichtliches Verfahren beabsichtigt, der Bundesrath also nicht als Schiedsrichter bestellt war.

4. Auch der *Entscheid* selbst stellt sich weder nach Form noch nach Inhalt als ein Urtheil dar. Es fehlen ihm die wesentlichen Merkmale eines jeden Urtheiles, die also auch bei einem schiedsgerichtlichen Urtheile vorhanden sein müssen. Es mangelt nicht nur an der genauen Bezeichnung der Parteien als solcher, d. h. nach ihrer prozessualischen Stellung und an der Bezeichnung eines bestimmten Rechtsbegehrens, welches eine klägerische Partei aufgestellt hätte, sondern es gibt sich auch der Entscheid selbst nicht als ein Urtheil über ein solches Rechtsbegehren zu erkennen. Der Bundesrath erklärt nicht, daß er „zu Recht erkenne", oder dergleichen, er erklärt auch nicht, daß der Entscheid sofort rechtskräftig sein solle, oder was für Rechtsmittel gegen denselben noch zulässig seien, er hat auch nicht gemäß der Vorschrift des § 737 Abs. 2 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes für die Schiedsgerichte eine Abschrift seines Entscheides der Kanzlei des sonst zuständigen Bezirksgerichtes Zürich zugestellt. Der Entscheid ist einfach, obwohl er das Materielle der Sache untersucht und entscheidet, in der Form eines Beschlusses gefaßt. Gemäß § 704 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege unterliegen aber nur Urtheile und rechtskräftige Erledigungsbeschlüsse der Anfechtung durch das Mittel der Nichtigkeitsbeschwerde und es muß daher schon aus diesen, allerdings rein äußerlichen Gründen bezweifelt werden, ob ein prozessualischer Akt vorliege, welcher mit dem zivilprozessualischen Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde beseitigt oder verbessert werden könne.

5. Ausschlaggebend ist aber in diesem Sinne der *Mangel eines zu entscheidenden Rechtsstreites*. Ueber die Bauverpflichtungen selbst bestand, wenigstens bis jetzt, ein Streit unter den Betheiligten nicht, auch nicht zur Zeit der Moratorienverträge. Die Nordostbahngesellschaft bestreitet die ihr obliegenden Verpflichtungen nicht, noch verlangt sie aus irgend einem Rechtsgrunde von denselben entbunden zu werden. Vielmehr handelte es sich, als die Nordostbahn in finanzielle Bedrängniß gerathen war, lediglich darum, ihr für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen Stundung zu gewähren bis zu dem Zeitpunkt ihrer Wiedererstarkung, den man vor Ablauf von acht Jahren einstweilen nicht voraussehen durfte. Nach Ablauf dieser Zeit sollte einfach konstatirt werden, ob sie in der That hinlänglich erstarkt sei, und die Feststellung

dieser *Thatsache* und nichts Anderes wurde von dem Entscheide eines Dritten, des Bundesrathes, abhängig gemacht. Bejahte er die gestellte Frage, so wurde also, da er durch den Vertrag nicht beauftragt war, dieser Thatsache auch sofort die rechtlichen Folgerungen zu geben, keineswegs rechtskräftig entschieden, daß die Nordostbahngesellschaft irgend Etwas zu leisten habe, in der Weise, daß damit ein späterer Streit über die Verpflichtungen aus den Bauverträgen mit der Einrede der abgeurtheilten Sache zurückgewiesen werden konnte. Die Bedeutung eines solchen bejahenden Entscheides war vielmehr im Grunde nur eine negative. Wie die Stundung nichts Anderes in sich schließt, als den Verzicht auf die Erfüllungsklage für so lange als gewisse Umstände vorhanden seien, so war damit nur festgestellt, daß diese Umstände nicht mehr vorhanden, die Rechtsstellung der Betheiligten gegenüber den Bauverträgen daher wieder genau dieselbe sei, wie vor den Moratorien.

Es steht nun außer Zweifel, daß eine solche rein thatsächliche Frage für sich, d. h. ohne Verbindung mit einer Erfüllungs- oder Anerkennungsklage hinsichtlich der Bauverpflichtungen, oder, wenn es sich nur um die Fortdauer des Moratoriums handelte, ohne Verbindung mit einer Klage auf Aufhebung dieser Moratorienverpflichtungen, nicht Gegenstand eines richterlichen Urtheils sein kann. Daraus folgt aber, daß wenn der Entscheid über eine solche Frage durch Vertrag einem Dritten übertragen ist, auch dieser Dritte nicht ein Schiedsrichter und sein Entscheid nicht ein Urtheil sein kann, welches den gegen Urtheile statthaften Rechtsmitteln unterliegt.

6. Der hier erörtete Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der schiedsrichterlichen Thätigkeit war schon dem römischen Rechte nicht unbekannt. Das heutige Recht hat diesen Unterschied noch schärfer ausgebildet. Während nach den modernen Gesetzgebungen, auch nach dem zürcherischen Recht, allerdings im Gegensatz zum römischen Recht, der Entscheid des eigentlichen Schiedsrichters, welcher einen wirklichen Rechtsstreit entscheidet *(arbiter)*, einem rechtskräftigen Urtheil gleichsteht und mit den gegen ein solches zulässigen Rechtsmitteln angefochten werden kann, kommt dem Entscheide eines Dritten, welcher nur beauftragt wird, irgend eine für einen Rechtsstreit erhebliche Thatsache festzustellen (z. B. den Preis einer Waare, einen entstandenen Schaden oder einzelne Faktoren desselben) und dadurch erst eine taugliche Grundlage für den Rechtsstreit und ein allfälliges gerichtliches Verfahren zu schaffen *(arbitrator)*, solche Wirkung niemals zu. Wenn er die Grenzen seines Auftrages überschreitet, ja sogar, wenn in seinem Entscheide nur eine offenbare Unbilligkeit liegt, eine manifesta iniquitas oder improbitas, so ist der Richter, welcher nachher im Rechtsstreite selber angerufen wird, berechtigt, den Entscheid abzuändern. Für solche bloße Schätzer gelten denn auch die gewöhnlichen, sonst auch für die eigentlichen Schiedsrichter bindenden Vorschriften des Prozesses, wie z. B. diejenigen des gleichen rechtlichen Gehörs der Parteien, nicht.

(Vgl. Seuffert Archiv Band XXVI S. 29. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes in Leipzig Bd. III S. 75, IV S. 428, VIII S. 110, XVIII S. 345).

7. Auch dem *zürcherischen Rechte* ist dieser Unterschied insofern bekannt, als nach § 732 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege, in dem Abschnitt, welcher von den Schiedsgerichten handelt, als Gegenstand des Kompromisses die *Beurtheilung einer Civilstreitigkeit* bezeichnet wird. Und aus der Gerichtspraxis ist namentlich folgender Fall hervorzuheben: Wenn ein Steuerpflichtiger sich gegenüber der Taxation der Steuerkommission auf die amtliche Inventarisation beruft, hiebei aber keine Einigung erzielt wird und von einem der Betheiligten auf die Expertenkommission abgestellt wird, so hat diese nur über den dem betreffenden Vermögen zukommenden Werth, nicht über die Steuerpflicht oder den Betrag der Steuer zu entscheiden (§ 30 des Gesetzes betr. die Vermögenssteuer vom 24. April 1870). Diesem Entscheide kommt also nicht die Bedeutung eines Urtheils zu; er kann nicht mittelst einer Kassationsbeschwerde angefochten werden, wohl aber ist im ordentlichen Prozesse die

Partei berechtigt, durch Stellung einer Einrede oder Replik denselben anzufechten und Abänderung durch den Richter zu verlangen. (Rechenschaftsbericht des Obergerichtes 1883, No. 107.)

8. Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß, wenn der Bundesrath in seinem Entscheide vom 23. Juni 1887 das ihm durch Vertrag zwischen den Parteien übertragene Mandat überschritten, oder nicht vollständig erfüllt hätte, diese Fehler auf dem beschrittenen Wege einer Kassationsbeschwerde nicht gutgemacht werden können, während allerdings nicht ausgeschlossen ist, daß die Gerichte im gewöhnlichen Prozesse befugt sind, diesen Entscheid abzuändern, soweit derselbe eine Verletzung der Privatrechte einer Partei enthält. Unter diesen Umständen ist nicht darauf einzutreten, ob die einzelnen Beschwerdepunkte als begründet erscheinen. Gleichwohl ist es angezeigt, die Sache auch noch von einem andern Gesichtspunkte aus zu betrachten.

9. Die Beschwerdeführerin deutet selbst an, es sei doch kaum anzunehmen, daß dem Bundesrath nur die untergeordnete Rolle eines arbitrators habe zugemuthet werden wollen. In der That, wenn man den Bundesrath mit einem solchen Mandat betraute, und wenn dessen Aufsichtsbehörde, die Bundesversammlung, hiezu ihre Zustimmung gab und den Auftrag auch von sich aus ertheilte, so lag hierin mehr als eine bloß privatrechtliche Vereinbarung; vielmehr handelte es sich um einen Akt, welcher vorzugsweise vom *öffentlichen Rechte* beherrscht war. Der Bundesversammlung so wenig wie dem Bundesrathe selbst konnte entgehen, wie außerordentlich die *politische* Stellung des letztern gefährdet werde, wenn er ein Mandat, wie das vorliegende, übernahm. Wenn die Bundesbehörden dennoch nicht Anstand nahmen, in dieser Weise an der Entscheidung der entstandenen Differenzen Theil zu nehmen, so geschah das offenbar aus keinem andern Grunde, als weil die öffentlichen Interessen hiebei mit im Spiele waren und zwar Interessen, über welche zu wachen gerade in die Kompetenz des Bundesrathes fiel. Gemäß Art. 26 des Bundesgesetzes über Organisation und Geschäftsgang des Bundesrathes vom 21. August 1878 (Neue Folge III S. 487 ff.) steht dem Bundesrathe im Allgemeinen zu: Die Aufsicht über die Erfüllung der Verpflichtungen, welche für die Eisenbahngesellschaften aus den Gesetzen und den Konzessionen herfliessen. Konzessionen und konzessionsgemässe Fristen bestanden für alle sogenannten Moratoriumslinien und innerhalb dieser Fristen hatte die Nordostbahn gemäß den bestehenden Verträgen für die Erstellung der Bahnen zu sorgen. Konnten die Fristen nicht eingehalten werden, so mußten entweder die Konzessionen als dahin gefallen oder jene erstreckt werden. Das letztere hatte aber für die Nordostbahn keinen Sinn, wenn die aus den Bauverträgen Berechtigten gleichwohl die Einhaltung der früheren Fristen und Termine forderten. Wenn daher der Bundesrath im öffentlichen Interesse für richtig fand, die Konzessionen aufrecht zu erhalten und die Fristen zu verlängern, mußte dafür gesorgt werden, daß dies unterbleibe, und es kamen so unter seiner Mitwirkung die Moratorienverträge zu Stande. Wurde in diesen der Entscheid darüber, wie lange die Berechtigten nicht auf Erfüllung dringen dürfen, dem Bundesrath übertragen, so geschah das offenbar in Rücksicht darauf, daß dieser Behörde nicht nur die Ueberwachung dieser Verhältnisse überhaupt zukomme, sondern daß ihr gemäß den bestehenden Gesetzen überdies auch die Mittel an die Hand gegeben sind, die Erfüllung der konzessionsgemässen Verpflichtungen zu regeln und zu sichern. Obwohl daher der Bundesrath seinen Beschluß vom 23. Juni faßte „in Erledigung der ihm „durch die Moratoriumsverträge der Nordost„bahn, sowie durch den Bundesbeschluß vom „14. Februar 1878 zur Entscheidung über„tragenen Frage", darf dennoch nicht etwa angenommen werden, daß auch er selbst die Verträge als die Grundlage seines Einschreitens, den Bundesbeschluß dagegen nur als Zustimmung zur Uebernahme des Mandates ansehe. Diese Reihenfolge ist vielmehr bloß bedingt durch die zeitliche Aufeinanderfolge dieser beiden Akte, und es muß das ganze Verfahren als *ein Akt der öffentlichen Gewalt* betrachtet werden, bei welchem der

Bundesbeschluss und die eigene Kompetenz des Bundesrathes die Hauptsache sind, die Moratorienverträge und die darin enthaltene privatrechtliche Vereinbarung dagegen zwar eine wesentlich nothwendige Funktion, aber doch nur sekundäre Bedeutung haben.

Hieraus folgt aber mit Nothwendigkeit, daß, wenn die Nordostbahn sich darüber beschweren will, daß der Bundesrath den ihm durch den Bundesbeschluß vom 14. Februar 1878 gegebenen Auftrag überschritten oder nicht vollständig erfüllt habe, sie eine solche Beschwerde zunächst bei der Aufsichtsbehörde des Bundesrathes, also bei der Bundesversammlung anzubringen hat.

10. Dies gilt in ganz besonderem Masse von dem Verbote der Verfügung über den *Reinertrag*. Es ist nicht richtig, daß der Entscheid vom 23. Juni 1887 zu Gunsten der Moratoriumslinien die Verfügung über jeden Reingewinn verbiete. Die Dispositive desselben enthalten hievon kein Wort, und der Beschluß des Bundesrathes vom 6. Juni redet nur vom Reingewinne des Jahres 1886. Schon aus dieser formellen Behandlung der Sache, vollends aber aus dem Vorbehalte in Disp. 3 des angefochtenen Beschlusses, ergibt sich mit aller Bestimmtheit, daß der Bundesrath den Standpunkt einnimmt, es liege weder in dem durch die Moratorienverträge noch in dem durch den Bundesbeschluß erhaltenen Auftrage, über diesen Punkt zu disponiren, dagegen habe er, gestützt auf das Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften, die eigene Befugniß, jedes Jahr bei Prüfung der Rechnungen und der Bilanzen der Nordostbahngesellschaft darüber Beschluß zu fassen, ob mit Rücksicht auf die Erfüllung der Bauverpflichtungen gegenüber den Moratoriumslinien eine Verfügung über den Reingnwinn des betreffenden Jahres gestattet werden dürfe. Es ist daher gerade was diesen Beschwerdepunkt anbelangt, über alle Zweifel klar, daß man es hier nicht mit einem schiedsgerichtlichen Entscheide, oder, wie die Beschwerde sagt, mit einer schiedsrichterlichen Verfügung zu thun hat, sondern mit einem administrativen Akte des Bundesrathes, gegen welchen in erster Linie die zu Gebote stehenden administrativen Rechtsmittel in Anwendung zu bringen sind.

Schluss:

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Nordostbahngesellschaft gegen den Beschluß des Bundesrathes vom 23. Juni 1887 wird als unstatthaft erklärt und derselben keine weitere Folge gegeben.

Anspruch des Angestellten

auf die vertraglich fixirte Quote am Reingewinn für ein angebrochenes Dienstjahr.

(Handelsgericht Zürich, 6. Mai 1887.)

Der technische Leiter einer Actiengesellschaft ließ sich mit der Bestimmung anstellen, daß er keinen Anspruch auf einen bestimmt fixirten Gehalt, sondern nur auf einen Drittheil des bei jedem Jahresabschluß sich ergebenden Reingewinnes habe und daß er berechtigt sei, à conto dieses Gewinnantheils jährlich 5000 Fr. in monatlichen Raten zu beziehen, die ihm belastet werden, anderseits aber auch mit der nämlichen Quote ($^1/_3$) am Verlust participire. Ferner bestimmte der Anstellungsvertrag:

„Sollte das Actienkapital nicht mindestens einen Reingewinn von 10 %, exklusive der 5 % Verzinsung bringen, so steht der Gesellschaft das Recht zu, den Vertrag sofort aufzuheben und ist der technische Leiter verpflichtet, ein etwaiges Debit seines Contos zurückzuerstatten."

Das Geschäftsjahr Juni 1885/86 brachte gar keinen Reingewinn und die Gesellschaft erklärte deßhalb den Anstellungsvertrag, jedoch erst im November 1886, gestützt auf obige Vertragsbestimmung als aufgehoben und belangte den damit entlassenen technischen Leiter auf Rückzahlung der à conto seines Gewinnantheils bezogenen Vorschüsse, jedoch nicht nur derjenigen, die er im obgenannten Geschäftsjahr Juni 1885/Juni 1886 à conto seines Gewinnantheils dieser Periode bezogen hatte, sondern auch derjenigen, die er im folgenden, mit dem 1. Juli 1886 begonnenen Geschäftsjahr bis zu seiner im

November 1886 erfolgten Entlassung à conto des Gewinnantheils *dieses Jahres* bezogen hatte, denn, — machte Klägerin bezüglich des letztern Anspruches geltend, — der Beklagte habe, weil er im November 1886 entlassen worden, nur Anspruch auf einen Dritttheil des Reingewinnes, welcher bis zum Zeitpunkt der Entlassnng gemacht worden sei, bis dahin habe man aber mit Verlust gearbeitet und folglich komme ihm nichts zu, weßhalb er die empfangenen Vorschüsse und zwar in vollem Umfange zurückerstatten müsse.

Das Gericht wies jedoch diesen zweiten Anspruch zur Zeit ab und zwar

aus folgenden Gründen:

Ueber die Fälligkeit der Forderung auf Rückerstattung der im Geschäftsjahr 1885/86 gemachten Vorbezüge kann ein Zweifel nicht bestehen. *Anders aber verhält es sich mit den Beträgen, welche in den Monaten Juli bis Oktober 1886 entnommen worden sind.* Es ist daran festzuhalten, daß die geforderten Summen vom Beklagten auf Rechnung des ihm vertraglich zugesicherten Antheils an dem bei jedem Jahresabschluß sich ergebenden Reingewinne bezogen worden sind. Nun ist aber das Geschäftsjahr, in welches die fraglichen Bezüge fallen, noch gar nicht abgelaufen, somit zur Zeit nicht festzustellen, ob nicht ein Reingewinn resultire, an welchem der Beklagte für die Zeit vom 1. Juli bis zum Austritt participirt. Der Vertreter der Klägerin hat freilich den Standpunkt vertreten, es sei nur zu prüfen, ob *bis zum Zeitpunkt des Austrittes* ein Gewinn gemacht worden sei und behauptet, es sei dieß nicht der Fall. Allein diese Auffassung steht nicht im Einklang mit der bisherigen Gerichtsprxais, welche angenommen hat, daß wenn ein Angestellter, der Antheil am Reingewinn habe, vor Ablauf des Geschäftsjahres austrete, die Berechnung seines Gewinnantheiles in der Weise stattzufinden habe, daß vom Gewinn *des ganzen* Bilanzjahres das Betreffniß ausgemittelt werde, welches auf die Anstellungszeit entfällt. (Entscheid der Appellationskammer vom 30. Dezember 1884, abgedruckt in den handelsrechtlichen Entscheidungen Bd. IV pag. 14.) Es kommt also nicht darauf an, ob während der Zeit, da der Beklagte im Geschäfte noch thätig war, ein Gewinn gemacht worden sei oder nicht, sondern es ist die Bilanz des Geschäftsjahres abzuwarten, erst dannzumal wird festgestellt werden können, ob nicht der Gewinnantheil des Beklagten den Betrag der von Beginn des Geschäftsjahres bis zu seinem Austritt entnommenen Beträge decke. Daß der Beklagte für die Zeit vom 30. Juni 1886 bis zu seiner Entlassung überhaupt keinen Antheil an einem allfälligen Reingewinne habe, ist von der Klägerin selbst nicht geltend gemacht worden, sie bestreitet nur die Existenz eines solchen. Der Anspruch auf Rückerstattung der Vorbezüge im Geschäftsjahr 1886/87 ist also zur Zeit abznweisen.

Anfechtung

eines gerichtlichen Pfandrechtes auf Grund von § 1021 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches. Sachlegitimation etc.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer. 14. Mai 1887.

Die Firma Renich und Cayenz in Zürich erhob am 19. April 1879 ein Darlehen von 36,000 Frkn. und stellte sodann der Gläubigerin circa 7 Jahre später, nämlich am 15. März 1886 einen Sichtwechsel aus. Am 19. Januar 1887 starb der eine der beiden Firmaantheilhaber, nämlich Cayenz (wie einerseits behauptet und anderseits nicht bestritten wurde in Folge Selbstmord) und unmittelbar darauf wurde der Sichtwechsel im Geschäftslokal der Firma zur Zahlung präsentirt, als diese nicht erfolgte, protestirt, und sodann für die Wechselsumme die schnellrechtliche Betreibung und zwar wiederum gegen die Firma eingeleitet. Kurz nach der Pfändung für die 36,000 Fr. wurde auch eine Wechselforderung der Schweizerischen Creditanstalt fällig, sie erhob ebenfalls den schnellen Rechtstrieb und erlangte die gleichen Pfänder, die 36,000 Fr. wurden aber in ihrem Pfandscheine natürlich vorgestellt. Als es zur Pfandversilberung kam, erwirkte die Creditanstalt Deposition des Ver-

silberungserlöses und erhob sodann gegen die vorgehende Pfandgläubigerin Klage auf Ungültigerklärung ihres Pfandrechtes, behauptend, daß die Firma Renich und Cayenz schon bei Ausstellung des Sichtwechsels materiell insolvent gewesen sei und diese lediglich stattgefunden habe, um der Wechselgläubigerin die Möglichkeit zu geben, jeder auf dem Wege des ordentlichen Rechtstriebes angedrohten Pfändung zuvorzukommen. Der Tod des Cayenz habe den sichersten Beweis dafür gebildet, daß die Zahlungseinstellung erfolgen müsse, der Rechtstrieb von allen Seiten kommen werde und deßhalb sei denn auch der Sichtwechsel unverzüglich geltend gemacht worden. Die Klage stütze sich in rechtlicher Beziehung auf den § 1021 des P.-R. G.-B.

Die erste Instanz wies die Klage ab und die Appellationskammer des Obergerichtes bestätigte das Urtheil, obgleich inzwischen der Konkurs über die Firma Renich und Cayenz ausgebrochen war. In der Appellationsverhandlung bemerkten die Parteien beiläufig, daß ihre beidseitigen Pfandrechte von den laufenden Gläubigern der Firma angefochten werden, weil diese behaupten, daß die Collektivgesellschaft Renich und Cayenz mit dem Tode des einen Antheilhabers aufgelöst worden sei und deßhalb nachher nicht mehr habe betrieben werden können. Die zweitinstanzliche Entscheidung stützt sich auf

folgende Gründe:

1. Besteht die Forderung der Beklagten zu Recht, was nach den vorangegangenen Ausführungen angenommen werden muß, so ist eine Anfechtung ihres Pfandrechtes wohl nur noch vom Gesichtspunkte des § 1021 des P.-R. G.-B. aus denkbar und diese Position nimmt denn auch die Klägerin ein. Sie thut das außerhalb des Konkurses der Firma Renich und Cayenz und es dürfte deßhalb zu ihrer Legitimation erforderlich sein, daß sie selbst Pfandgläubigerin der letztern ist, dieß aber dürfte mit Rücksicht darauf angezweifelt werden, daß sowohl die Einleitung des Rechtstriebes für ihre Forderung als auch die Pfändung erst nach der durch den Tod des Cayenz gemäß Art. 545 Ziff. 2 des O.-R. erfolgten Auflösung der Kollektivgesellschaft Renich und Cayenz stattgefunden haben. Das gleiche ist indeß auch bei der Beklagten der Fall und daraus erklärt sich offenbar, daß sie das Pfandrecht der Klägerin nicht in Zweifel zieht. Diese Unterlassung ihrerseits ist also ohne Zweifel eine wissentliche und willentliche und es wird deßhalb nicht zu weit gegangen sein, wenn man annimmt, sie wolle dasselbe ihrerseits förmlich anerkennen. Nun haben aber die Parteien heute bemerkt, daß die laufenden Gläubiger der Firma Renich und Cayenz ihre beidseitigen Pfandrechte aus dem oben angegebenen Grunde anfechten. Wäre sicher, daß diese Anfechtung als begründet erklärt werden müßte, so müßte der vorliegende Streit als gegenstandslos bezeichnet werden, eventuell könnte sich fragen, ob derselbe nicht richtigerweise sistirt würde bis jene Frage entschieden sei, weil bis dahin nicht feststehe, daß er überhaupt einen praktischen Werth habe und der Richter über bloß hypothetische Fragen zu urtheilen nicht verpflichtet sei. Angesichts des Umstandes nun aber, daß die Kollektivgesellschaft Renich und Cayenz in Folge der durch den Tod des einen Gesellschafters erfolgten Auflösung wohl nur ins Stadium der Liquidation übergetreten ist und Angesichts der Art. 580, 582 und 573 die Auffassung das Uebergewicht zu verdienen scheint, daß dieselbe bis zur Beendigung der Liquidation für Gesellschaftsschulden auch noch selbständig belangt werden kann, ist momentan zu wenig Grund vorhanden, um die Befürchtung zu theilen, daß die Pfandrechte der Parteien aus dem angegebenen Grunde als nicht bestehend erklärt würden und bei dieser Sachlage würde es sich auch nicht rechtfertigen, den vorliegenden Prozeß zu sistiren, vielmehr darf das Pfandrecht der Klägerin für einmal als bestehend angesehen werden.

5. Materiell ist nun aber die Berufung der Klägerin auf den § 1021 des P.-R. G.-B. unbegründet. Die Gemeinschuldnerin hat allerdings der Beklagten durch Einräumung eines Wechselrechts und des damit verbundenen schnellen Rechtstriebes Deckung verschafft. Allein wenn man auch annehmen wollte, daß

dieses Geschäft sogar außerhalb des Konkurses angefochten werden könnte, so ist dieß nach dem klaren Wortlaut der genannten Gesetzesstelle doch nur dann möglich, wenn dasselbe vorgenommen wurde in der Absicht, dadurch eine auf dem Wege des ordentlichen Rechtstriebes angedrohte Pfändung unwirksam zu machen und dieses Requisit liegt im vorliegenden Fall nicht vor, weil weder zur Zeit der Wechselausstellung noch, — was das Entscheidende ist, — zur Zeit der Pfändung für die Beklagte eine ordentliche Betreibung gegen die gemeinsame Schuldnerin der Parteien eingeleitet war. Die allgemeine Bestimmung ist diejenige des § 1020 des P.-R. G.-B. und diese stellt das Prinzip auf, daß ein Gläubiger auch vor dem Konkurs für seine fällige Forderung bezahlt oder gedeckt werden kann bezw. daß wenigstens er, wenn er Zahlung oder Deckung annimmt, nichts verschuldet. Dem gegenüber stellt sich der § 1021 als eine singuläre Bestimmung dar, die nicht ausdehnend interpretirt werden darf. Die Tendenz derselben ist lediglich die, zu verhüten, daß die auf dem Wege des ordentlichen Rechtstriebes angedrohte Pfändung durch Einräumung von Wechselrechten und des damit verbundenen schnellen Rechtstriebes oder auf andere ähnliche Weise vereitelt werde, darum kann es sich aber nicht handeln, wo im Zeitpunkte der Wechselpfändung ein ordentlicher Rechtstrieb weder besteht noch auch nur droht. Die Behauptung, daß der Sichtwechsel im vorliegenden Falle ausgestellt worden sei, um jeder, also auch der ordentlichen Pfändung vorzukommen, entbehrt der nöthigen Grundlage und eventuell müßte angesichts der Thatsache, daß bei Anhebung des Wechselrechtstriebes ein ordentlicher Rechtstrieb nicht bestand, wohl angenommen werden, daß eine allfällig früher bestandene eventuelle Absicht der erwähnten Art im letztern, entscheidenden Zeitpunkt nicht mehr obgewaltet habe. Der Wechselrechtstrieb konnte die gewöhnliche Pfändung Mangels einer ordentlichen Betreibung gar nicht hindern und dieser Effekt damals somit auch nicht beabsichtigt sein. — Es muß somit die Appellation und damit auch die Klage verworfen werden.

Die „Sicherheit“

für eine verbürgte Forderung im Sinne von Art. 508 des O.-R. Zu derselben gehört *nicht* diejenige Sicherheit, die sich zufällig aus einem andern Verkehr zwischen Gläubiger und Hauptschuldner dem erstern geboten hat. Die Verpflichtung zur Zahlung der für die Verköstigung eines Armen versprochenen Beiträge kann nicht durch Verrechnung getilgt werden. (Art. 132 Ziff. 2 d. O.-R.)

Kassationsgericht Zürich. 13. Juni 1887.

Der Korbflechter Konrad Roth in Kloten schuldete dem dortigen Spendgute laut Schuldschein vom 13. September 1880 ein Darlehen von 200 Fr., verzinslich à $4\frac{1}{2}$ % und zahlbar in 4 Raten mit Maitag 1881, 1882, 1883 und 1884. Für diese Schuld hatte Gemeindammann Baltensweiler die Bürg- und Selbstzahlerschaft übernommen.

Laut Vertrag vom 13. Dezember 1885 übergab der Gemeindrath Kloten Namens des dortigen Spendgutes dem Hauptschuldner Roth einen Armen, nämlich den Schlosser J. Meier gegen eine wöchentliche Entschädigung von 4 Fr. zur Beherbergung und Vorköstigung und es zahlte das Spendgut dem Roth das vertraglich vereinbarte Kostgeld, obgleich dieser noch immer sein Darlehensschuldner war, es fand also eine Verrechnung zwischen Darlehensforderung und Kostgeldschuld nicht statt. Am 17. August 1886 betrieb Roth das Spendgut sogar für einen Kostgeldbetrag von 41 Fr. und erhielt am 1. September Zahlung. Gleich darauf gerieth derselbe in Konkurs und in diesem war an die Darlehensforderung des Spendgutes nur ein kleiner Betrag erhältlich. Ungedeckt blieben 139 Fr. 85 nebst Zins seit Maitag 1886 und für diesen Restbetrag wurde nun der Bürge und Selbstzahler, Gemeindammann Baltensweiler, vom Spendgut belangt, er bestritt aber die Schuldpflicht, auf Grund folgender Ausführung:

Der Hauptschuldner Roth habe aus dem Kostgeldvertrage von Mitte Dezember 1885 bis Ende August 1886 eine Forderung von ungefähr 150 Frkn. an das Spendgut Kloten erworben. Das Spendgut hätte nun diese seine Schuld an Roth von 150 Fr. mit seiner Dar-

lehensforderung an denselben verrechnen können und habe dadurch, daß es von dem Rechte der Verrechnung keinen Gebrauch gemacht habe, sich im Sinne von Art. 508 des Obligationenrechtes zum Nachtheile des Bürgen einer Sicherheit begeben; Pflichten und Rechte des Bürgen seien nach den Grundsätzen von Treue und Glauben zu beurtheilen und diesen Grund sätzen handle der Gläubiger zuwider, wenn er die dem Bürgen zukommenden gesetzlichen Hülfsmittel vereitle und ihn dessenungeachtet in Anspruch nehme. Unter den in Art. 508 des Obligationenrechtes erwähnten Sicherheiten seien nicht nur Pfandrechte, sondern auch Retentionsrechte zu verstehen, also auch das für den Gläubiger beste Mittel, sich vor Verlust zu bewahren, nämlich das Compensationsrecht. Dem Gläubiger sei zuzumuthen, für Deckung einer verbürgten Forderung denselben Fleiß anzuwenden, wie für Deckung einer nicht verbürgten, hätte der Spendgutsverwalter eine nicht verbürgte Forderung gehabt, so hätte er ohne Zweifel vom Rechte der Compensation Gebrauch gemacht.

Die Rekurskammer des Obergerichtes ertheilte dem Spendgut Kloten die verlangte Rechtsöffnung gegen den Bürgen Baltensweiler, ging aber dabei von einer aktenwidrigen thatsächlichen Annahme aus und deßhalb reichte Baltensweiler beim Kassationsgericht Nichtigkeitsbeschwerde gegen diesen Entscheid ein, er wurde aber abgewiesen, weil zwar die *Begründung* des Entscheides gemäß § 704 Ziff. 7 des Rechtspflegegesetzes allerdings an Nichtigkeit leide, die Dispositive aber richtig seien.

Gründe:

Art. 508 des Obligationrechts bestimmt, der Gläubiger sei dem Bürgen dafür verantwortlich, daß er nicht zu dessen Nachtheile die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangten anderweitigen Sicherheiten vermindere. Angenommen nun aber, es gebe Fälle, in denen der Bürge sich einer analogen Anwendung dieser Gesetzesbestimmung gegenüber dem Gläubiger behelfen könne, wenn dieser Schuldner des Hauptschuldners wird und vom Rechte der Compensation nicht Gebrauch macht, so ist ein solcher Fall nicht vorhanden, wenn der Gläubiger, nachdem die Bürgschaft geleistet worden ist, mit dem Hauptschuldner einen, *mit der verbürgten Forderung nicht zusammenhängenden*, auf Leistung und Gegenleistung gerichteten Vertrag eingeht und die vertraglichen Leistungen des Schuldners bezahlt. Der Bürge hatte ja nicht das Recht, vom Gläubiger zu begehren, daß er mit dem Hauptschuldner einen nicht auf die verbürgte Forderung sich beziehenden Vertrag schließe und, hätte der Gläubiger diesen Vertrag nicht geschlossen, so wäre er nicht Schuldner seines Schuldners geworden und wäre von Compensation nicht die Rede. Allerdings kann der Bürge, nachdem die Bürgschaft geleistet, den Gläubiger auch nicht anhalten, sich vom Schuldner anderweitige *Sicherheit bestellen zu lassen* und wenn der Gläubiger nachträglich sich Sicherheit bestellen läßt und wieder darauf verzichtet, so ist die Stellung des Bürgen dieselbe wie vorher. Allein der Gläubiger kann, wenn er auf eine *ihm nachträglich bestellte Sicherheit* verzichtet, die Einwendung, der Bürge sei nicht schlechter gestellt als bei Eingehung der Bürgschaft, deßhalb nicht vorbringen, weil das Gesetz aus Billigkeitsrücksichten vorschreibt, daß die nachträglich *für die verbürgte Forderung* bestellte Sicherheit auch dem Bürgen zu gut kommen soll, während das Gesetz den Gläubiger nicht verpflichtet, eine aus anderweitigem Verkehr mit dem Hauptschuldner sich bietende Gelegenheit, Deckung für die verbürgte Forderung zu erlangen zum Vortheile des Bürgen zu benutzen. Uebrigens wären wohl die Vertreter des Spendgutes nicht einmal berechtigt gewesen, die jeweilig für die Verköstigung eines Armen verfallenden Beiträge mit der Forderung des Spendgutes an den Kostgeber Roth zu verrechnen, da Roth Geld bedurfte, um seine Verpflichtung als Kostgeber zu erfüllen (Art. 132 Ziff. 2 des Obligationenrechts) und Roth ohne Zweifel, wie den Vertretern des Spendgutes einleuchten mußte, den Verköstigungsvertrag anders als gegen Baarzahlung nicht eingegangen wäre (Art. 139 des O.-R.)

Demnach muß die einzige Einrede, welche Beschwerdesteller gegenüber der Ansprache der Beschwerdegegnerin geltend macht, ver-

worfen werden und es ist somit die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, da zwar die Begründung des Entscheides des Vorderrichters an Nichtigkeit leidet, die Dispositive aber richtig sind. (Streuli, Commentar zum Gesetz betr. die Rechtspflege, § 712 Ziff. 4, Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichtes v. 1879 Nr. 76.)

Provisionsanspruch eines Liegenschaftenagenten.

I.

Alexander Grimm, Secretair im Hotel Uetliberg, war Eigenthümer des Casino in Burgdorf (Bern) und wollte dasselbe verkaufen. Verschiedene Schritte, die er zu diesem Zwecke unternahm, führten ihn mit dem Vermittlungsagenten J. H. Maurer an der Zähringerstrasse No. 47 in Zürich zusammen und er unterzeichnete diesem sodann unterm 1. Oktober 1886 folgende in der Hauptsache gedruckte Vertragsurkunde:

„*Vollmacht und Verpflichtungsschein.*
No. 50.

Unterzeichneter beauftragt und bevollmächtigt hiemit das Vermittlungsbureau von J. H. Maurer in Zürich zum Verkauf des Casino in Burgdorf und verpflichtet sich, wenn das Geschäft zu Stande kommt, demselben ein Honorar von ein Prozent der Kaufssumme zu entrichten.

Sollten sich etwaige Kaufslustige an den Unterzeichneten selbst wenden wollen, um mit ihm direkt zu unterhandeln, so hat er dieselben an den Herrn J. H. Maurer zu weisen, welcher die wünschbare Auskunft ertheilt und die Verkaufsunterhandlungen durchzuführen hat.

Immerhin aber bleibt es ihm unbenommen, die Verkaufsunterhandlungen persönlich zu beendigen, wenn er es für gut finden sollte, jedoch unter gefälliger Mittheilung an den Herrn J. H. Maurer. *In beiden Fällen aber bleibt dem letztern das oben bezeichnete Honorar zugesichert.* Diese Vollmacht ist einer dreimonatlichen Kündigung unterworfen."

Am 6. Dezember 1886 schloß Grimm selbst ohne Mitwirkung des Maurer mit dem Käsehändler Grieb in Burgdorf einen Kaufvertrag ab, durch welchen er demselben seine Liegenschaft zum „Casino" um die Summe von 50,000 Fr. verkaufte. Eine Anzeige machte er darüber dem Agenten nicht, dieser aber erhielt dennoch, wenn auch erst im März 1887 von dem Kaufsabschluß Kenntniß und verlangte nun Bezahlung einer Provision von 500 Fr. = 1 % von der 50,000 Fr. betragenden Kaufsumme. Da Grimm jede Schuldpflicht bestritt, machte Maurer seinen Anspruch am 24. März 1887 beim Friedensrichteramt anhängig und am 31. gl. Mts. schlossen die Parteien einen Vergleich ab, durch den sich Grimm verpflichtete, dem Maurer bis längstens den 7. Juni 350 Fr. zu bezahlen, wogegen dieser im Falle der Zahlung bis zum genannten Zeitpunkt auf seine Mehrforderung verzichten zu wollen erklärte. Ausdrücklich wurde beigefügt: „Wenn nicht innert dieser Frist bezahlt wird, fällt der Vergleich dahin und ist Kläger berechtigt, die vollen 500 Fr. wieder geltend zu machen." Grimm zahlte nicht, der Vergleich fiel somit dahin, Maurer verlangte Ausfertigung der Weisung für den ganzen Betrag von 500 Fr. und es kam zum Prozeß. Der Beklagte bestritt die Schuldpflicht, weil der Kläger überall gar nichts gethan habe, um den übernommenen Auftrag auszuführen und dieser anderseits machte geltend, daß sein Anspruch auch dann gutgeheißen werden müßte, wenn er wirklich persönlich nichts in der Sache gethan hätte, weil ihm nach Inhalt der Vollmacht auch die Arbeit des Klägers gutzuschreiben sei, daß er sich aber in der That ernstlich bemüht habe, einen Käufer zu finden.

Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab, *die Appellationskammer des Obergerichtes aber hiess dieselbe im vollen Umfange gut.*

Gründe:

1. Der Beklagte hat durch den Schein vom 1. Oktober 1886 den Kläger mit dem Verkaufe seiner Liegenschaft in Burgdorf beauftragt und darin sich verpflichtet, für den Fall, daß das Geschäft, d. h. ein Kaufsabschluß zu Stande komme, dem Bevollmächtigten eine Provision von 1 % der Kaufsumme zu bezahlen.

2. Gestützt hierauf sowie auf die Thatsache, daß laut Zeugniß des Notars Bracher in Burgdorf der Beklagte am 6. Dezbr. 1886 die fragliche Liegenschaft an den Käsehändler Grieb um 50,000 Fr. verkauft hat, stellt der Kläger die in der Weisung bezeichnete Forderung; er behauptet allerdings nicht, daß der Kauf unter seiner Mitwirkung oder Vermittlung abgeschlossen worden, noch auch, daß er den Käufer dem Beklagten zugeführt habe. Allein nach dem Verpflichtungsschein kann das Honorar nicht bloß unter einer dieser Voraussetzungen gefordert werden, sondern auch im Falle, wo Kaufslustige an den Verkäufer sich gewendet und letzterer die Unterhandlungen zu Ende geführt hat. Der Vertrag sieht dieses vor, indem er bestimmt, dem Bevollmächtigten bleibe das Honorar auch für diesen Fall zugesichert.

3. Der Beklagte hat nun schon vor erster Instanz eingewendet, der Kläger habe in der Sache überall nichts gethan, auch seit Ertheilung des Auftrages bis im März 1887 nichts mehr von sich hören lassen, es wäre daher unmoralisch, demselben eine größere oder kleinere Entschädigung zuzusprechen. Vor zweiter Instanz hat der Beklagte lediglich zugegeben, daß ein Mal und zwar wenige Tage nach Ausfüllung der Vollmacht er beim Kläger sich erkundigt habe, ob Schritte zur Ausführung derselben bereits geschehen seien.

4. Von Gutheißung der Forderung könnte allerdings keine Rede sein, wenn vorläge, daß Kläger überall nichts gethan habe, um dem erhaltenen Mandate nachzukommen, denn durch die Ausstellung der Vollmacht wollte ja der Beklagte gerade der Thätigkeit des Klägers zum Zwecke der Veräußerung der Liegenschaft sich versichern, auf der andern Seite würde man aber offenbar zu weit gehen, zu verlangen, daß der Kläger den Kausalzusammenhang zwischen dem schließlich erfolgten Verkaufe und seiner Thätigkeit in der Sache nachweise; vielmehr muß für genügend erachtet werden, daß Kläger darthue, daß er in Vollziehung des Auftrages überhaupt thätig gewesen sei.

5. Hiefür hat der Kläger den Beweis erbracht. Schon in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung hat derselbe auf sein Copirbuch sich berufen dafür, daß er mehrere Personen so einen gewissen Diebisch in Rorschach auf die Liegenschaft des Beklagten aufmerksam gemacht habe. Das heute vorgelegte und durchaus unverdächtig geführte Copirbuch bestätigt diese Behauptung. Aus pag. desselben geht hervor, daß Kläger unterm 5. Oktober 1886 dem Diebisch die Liegenschaft des Beklagten empfahl, sodann laut pag. 112 am 11. November gl. Js. einem gewissen Brunner in Glarus. Laut Seite 11 machte er die Expedition der „N. Zch. Ztg.", in welcher eine Einsendung des Inhalts erschienen war, es werde eine Wirthschaftslokalität von gewisser Beschaffenheit zu kaufen gesucht, darauf aufmerksam, daß er mit dem Verkaufe mehrerer derartiger Liegenschaften beauftragt sei. Aus einem vom Vertreter des Klägers heute vorgelegten Briefe ergibt sich denn auch die Richtigkeit der Behauptung, daß mit Dibisch in der Angelegenheit verkehrt worden ist, indem dieser in einem vom 25. Oktober 1886 datirten Briefe denjenigen des Klägers vom 5. Oktober beantwortete. Letzterer hat im Weitern behauptet und zum Beweise verstellt, daß er noch einigen andern Personen mittelst Circularen von der Sache Kenntniß gegeben und der Beklagte hat lediglich eingewendet, der Kläger habe ihm davon nie Mittheilung gemacht. Allein hiezu hatte der Kläger keine genügende Veranlassung, so lange jene Personen sich nicht zu Weiterem herbeiließen. Auch kann dem Kläger nicht zum Vorwurfe gemacht werden, daß er die Liegenschaft nicht in öffentlichen Blättern ausschrieb; nach der nicht bestrittenen Behauptung des Klägers hatte dieses wenigstens darin seinen Grund, daß vom Beklagten solche Ausschreibung nicht einmal verlangt worden war.

6. Wenigstens einigermaßen unterstützt endlich die klägerische Darstellung auch der Umstand, daß laut der Weisung der Beklagte sich im Sühnverfahren geneigt zeigte, die Forderung im Betrage von 350 Fr. anzuerkennen; wenn er überzeugt gewesen wäre, daß, wie er nachher vor Gericht behauptete, der Kläger in der Sache überall nichts gethan habe, würde er kaum zu einem so weitgehenden Anerbieten sich herbeigelassen haben.

Die Forderung ist hienach gutzuheißen. (Obergericht Zürich, Appellations-Kammer, 23. August 1887.

II.

Der Conditor Ferdinand Bruppacher in Zürich war Eigenthümer des Hauses No. 4 an der Spitalgasse daselbst. Er wollte dasselbe verkaufen und schrieb es zum ersten Mal am 14. September 1886 in den „Basler Nachrichten" aus, eine zweite Ausschreibung im nämlichen Blatt erfolgte am 2. Oktober und eine dritte und vierte in der „Zürcher Post" am 29. Oktober und 2. November 1886. Unterm letztgenannten Datum erhielt sodann Bruppacher von Gustav Hauger an der Klosbachstraße No. 28 Hottingen ein Billet, des Inhalts: „Wäre geneigt, mit Ihnen in Unterhandlung zu treten, habe einen zahlungsfähigen soliden Käufer."

Die beiden kamen zusammen und am *5. November 1886* unterzeichnete Bruppacher folgende Urkunde:

„Der Unterzeichnete beauftragt hiedurch den Herrn Gustav Hauger in Hottingen zum Verkauf seines Hauses Nro. 4, Spitalgasse-Zürich und verpflichtet sich, *bei Zustandekommen eines Handels für dessen direkte und indirekte Anleitung und Vermittlung* demselben eine Vergütung von 1 % der Verkaufssumme in baar bei notarialischer Fertigung zu bezahlen."

Mitte November 1886 suchte Ernst Meier, Conditor in Zürich mittelst Inserat im Tagblatt ein für die Betreibung der Conditorei dienendes Haus und erhielt darauf sowohl von Bruppacher als Hauger Offerten. Seine jetzige Ehefrau, damalige Braut, Rosa Stutz, ging zuerst zu Bruppacher, ließ sich von ihm den Kaufpreis nennen und besuchte dann auch den Hauger, traf diesen aber nicht zu Hause, einige Stunden später erschien derselbe dann aber bei der Rosa Stutz und trug ihr das Bruppachersche Haus ebenfalls an, erhielt jedoch zur Antwort, daß Meier nicht zu Hause sei und deßhalb zur Zeit auf nichts eingegangen werden könne. Hauger setzte indessen seine Bemühungen fort; wie Frau Meier sagt, kam er noch mehrere Male und gab sich jedes Mal Mühe, das Bruppachersche Haus anzubringen, daneben offerirte er auch andere Häuser, so eines an der Bahnhofstraße, wie die letztgenannte Zeugin meint deßwegen, weil er gemerkt habe, daß sie von dem Bruppacherschen Haus nichts wissen wollen. Auch die Schwestern der Frau Meier, Pauline und Bertha Stutz, bezeugen übereinstimmend, daß Hauger oft bei ihnen gewesen sei und des Meiers mehrere Conditoreien, darunter auch die Bruppachersche, angetragen habe und im gleichen Sinne sprechen sich noch andere Zeugen aus. Der Ehemann Ernst Meier bezeugt, daß Hauger von Mitte November 1886 bis Mitte Jenner 1887 mit ihm unterhandelt habe, er aber nicht Willens gewesen sei, das Bruppachersche Haus zu kaufen.

Am 19. und 20. Jenner 1887 schrieb Bruppacher das Haus in der „Zürcher Post" neuerdings aus und erhielt sodann auf die erste Ausschreibung vom 19. Jenner eine vom nämlichen Tage datirte Eingabe des schon mehr genannten Ernst Meier, dahin lautend, er wäre geneigt, ein Haus, wie ausgeschrieben, zu kaufen und bitte um nähere Auskunft. Natürlich wußte Meier dabei nicht, daß der Inserent mit Bruppacher identisch sei. Diese Ausschreibung und Eingabe führten Bruppacher und Meier persönlich zusammen und sie unterhandelten von da an auch persönlich, indeß schien es zunächst nicht zu einem Abschlusse kommen zu wollen, denn am 2. und 17. Februar, schrieb Bruppacher sein Haus in der „Zürcher Post" abermals zum Verkaufe aus, noch bevor aber das letzte Inserat (vom 17. Februar) erschien, nämlich am 15. gleichen Monats kam ein Kaufvertrag zum Preise von 63,000 Frkn. mit Meier zu Stande.

Der letztere deponirt, daß vom Momente der Bruppacherschen Ausschreibung vom 19. Jenner an der Metzger Etter jeweils mit ihm zu Bruppacher gekommen sei und auch der notarialischen Fertigung beigewohnt habe. Etter selbst sagt, er habe bei den Unterhandlungen unmittelbar vor dem Abschlusse mitgewirkt und wisse bestimmt, daß eine dritte Person dabei absolut nichts gethan habe. Frau Meier spricht die Ansicht aus, daß

Hauger den wirklich erfolgten Abschluß durchaus nicht veranlaßt habe, weil seine frühern Bemühungen mit dem später gefaßten Entschluß, zu kaufen, nicht im Zusammenhang stehen, die Schwestern dieser Zeugin, Pauline und Bertha Stutz, endlich erklären, sie können keine Auskunft darüber geben, ob die Bemühungen Haugers mit dem Abschluß im Zusammenhang stehen oder nicht.

Hauger verlangte von Bruppacher Bezahlung von 630 Fr. = 1 % der 63,000 Frkn. betragenden Kaufsumme als vertraglich vereinbarte Provision, weil der Kauf durch seine direkte und indirekte Anleitung und Vermittlung zu Stande gekommen sei. Der Beklagte bestritt die Schuldpflicht und die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe:

1. Es herrscht zwischen den Parteien kein Streit darüber, daß ein Auftrag zum Verkaufe des Hauses Spitalgasse 4 ertheilt und daß für den Erfolg eine Provision von 1 % der Verkaufssumme zugesichert worden ist. Streitig ist nur die Frage, ob der Verkauf an Meier „durch direkte oder indirekte Anleitung und Vermittlung" des Klägers stattgefunden habe, denn nur in diesem Falle kommt ihm nach dem schriftlichen Uebereinkommen der Parteien die Provision von 1 % zu. Diese Frage ist aber zu verneinen.

2. Aus den Aussagen der Zeugen ergibt sich allerdings, daß der Kläger in Folge eines Inserates des Meier mit diesem sowohl als mit seiner damaligen Braut Verhandlungen angeknüpft und diese mit Meier einige Zeit weiter geführt hat, diese Verhandlungen sind aber ohne Resultat geblieben. Meier und die Familie Stutz geben übereinstimmend an, daß auch noch ein anderes Geschäft zu kaufen in Aussicht stand und daß der Verkehr mit dem Kläger abgebrochen wurde. Erst Mitte Jenner wandte sich Meier in Folge eines neuen Inserates des Beklagten an diesen selbst und brachte das Kaufgeschäft zu Stande.

3. Es ist sowohl durch die Zeugenaussagen festgestellt als auch von den Parteien zugegeben, daß bei diesen letzten Unterhandlungen der Kläger gar nicht betheiligt war und hievon wohl gar nichts wußte. Es ist durchaus sicher, daß der Kläger weder direkt die *entscheidenden* Kaufsunterhandlungen veranlaßt, noch sie geleitet hat. Der Kauf ist also, wie die Zeugen erklären, ohne seine Veranlaßung zu Stande gekommen. Aber auch nicht einmal indirekt ist er die Veranlaßung zum Kaufe gewesen; soweit er selbst Unterhandlungen pflog, hatten diese kein Resultat, sie führten ja nicht einmal zur Besichtigung des Kaufsobjektes. Nach dem Abbruche der Verhandlungen bedurfte es auch neuerdings des Inserates des Beklagten, um Meier auf die Liegenschaft, Spitalgasse 4, aufmerksam zu machen, es ist auch zum Mindesten nicht dargethan, daß Meier nur mit Rücksicht auf die frühern Unterhandlungen mit dem Kläger dann mit dem Beklagten angebunden und verhandelt hat. Ist ein Zusammenhang zwischen der Thätigkeit des Klägers und dem Kaufsgeschäfte nicht erwiesen, so hat der Kläger auch keinen Antheil am Erfolg. Der Anspruch auf Provision ist demnach zu verwerfen. (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 27. Aug. 1887.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. November 1887. VI. Band. № 20.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Haftpflicht der Commanditaire

gegenüber den Gläubigern der Commanditgesellschaft (§§ 1338 und 1339 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches und Art. 604 und 605 des Schweiz. O.-R.). Zeitliche Rechtsanwendung.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 24. September 1887.)

Am 13. Mai 1882 hat Eugen Bluntschli von Zürich das unter der Firma Kaspar Bluntschli betriebene Seifen- und Stearinkerzengeschäft übernommen und sich als Besitzer des Geschäftes in das Ragionenbuch eintragen lassen. Als dessen Commanditäre haben sich beigesellt und ebenfalls ins Ragionenbuch eintragen lassen:

Friedrich Bluntschli-Beyel in Zürich für die Summe von 95,000 Fr.;

Professor Bluntschli in Enge für die Summe von 15,000 Fr. und

Luise von Hecker geb. Bluntschli von München für die Summe von 15,000 Fr.

Nach Inkrafttreten des Obligationenrechtes wurde diese Commanditgesellschaft und zwar am 27. Februar 1883 in ganz gleicher Weise in das neue Handelsregister übergetragen.

Unterm 30. Juni 1886 löste sich diese Commanditgesellschaft auf und es wurde die Firma Caspar Bluntschli an jenem Tage im Handelsregister gelöscht. Eugen Bluntschli übernahm das Geschäft der erloschenen Firma mit Aktiven und Passiven und setzte dasselbe unter der neuen Firma: „Eugen Bluntschli in Altstetten bei Zürich“ fort. Den Geschäftsfreunden wurde von dieser Aenderung mittelst Circular Kenntniß gegeben.

Am 1. Oktbr. 1886 gerieth Eugen Bluntschli in Konkurs und in diesem trat neben Andern auch die Bank in Baden als Gläubigerin auf, sie meldete eine Forderung von 9926 Fr. an. Der Gemeinschuldner strebte ein Accommodement an und offerirte den Gläubigern 40 % ihrer Forderungen. Die Mehrzahl der Gläubiger stimmte dem Vorschlage zu, eine Minderheit verweigerte dagegen ihre Zustimmung und unter dieser befand sich auch die Bank in Baden. Das Bezirksgericht Zürich genehmigte aber den hierauf von Bluntschli vorgelegten Zwangsnachlaßvertrag mit Beschluß vom 23. Februar 1887 bezw. es erklärte ihn auch als für die nicht zustimmenden Gläubiger verbindlich.

Nunmehr faßte die Bank in Baden, welche sich hienach gegenüber Eugen Bluntschli ebenfalls mit 40 % ihrer Forderung begnügen mußte, zwei der frühern Commanditäre der Firma Caspar Bluntschli, nämlich Fried-

rich Bluntschli-Beyel und Professor Bluntschli mit der Streitfrage ins Recht, ob dieselben nicht verpflichtet seien, ihr die Forderung an Eugen Bluntschli mit 9926 Fr. nebst Zins, abzüglich der Accommodementssumme, zu bezahlen. Zur Begründung wurde angeführt:

1. In den Jahren 1882, 1884 und 1885 seien laut den Büchern der Firma Caspar Blunschli an der Commanditsumme des Friedrich Bluntschli-Beyel in 3 Posten zusammen 41,105 Fr. 41 Rp. und an der Commanditsumme des Professor Bluntschli ebenfalls an 3 Posten zusammen 4200 Fr. abgeschrieben worden.

2. Trotz diesen Abschreibungen haben Friedrich Bluntschli-Beyel per 31. Mai 1882, 1883 und 1884 zusammen 15,532 Fr. 20 Rp. und Professor Bluntschli 2635 Fr. an Zinsen und Gewinn bezogen.

3. Es seien somit Zinsen und Gewinn während der Verlustjahre, d. h. zu einer Zeit ausbezahlt worden, zu welcher sie für die Completirung des Commanditenkapitals hätten verwendet werden sollen. Die Beklagten haben sich dabei nicht im guten Glauben befunden, weil sie die Bilanzen stets geprüft und daraus die Unrichtigkeit der Bezüge ersehen haben, daraus aber in Verbindung mit Art. 605 des Schw. O.-R. und den § 1338 und 1339 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches folge die Verpflichtung derselben zur Zahlung der Klageforderung.

4. Als die Firma Caspar Bluntschli im Februar 1883, nach Einführung des schweizerischen Obligationenrechtes ins neue Handelsregister eingetragen worden sei, haben die Beklagten den Betrag des Commanditenkapitals wiederum, wie bei der früher erfolgten Gründung der Commanditgesellschaft auf 95,000 und 15,000 Fr. angegeben, während dieses damals in Folge der früher erfolgten Abschreibungen weniger betragen habe und auch aus diesem Grunde haben dieselben gemäß Art. 604 des O.-R. bis auf den Betrag jener höhern Summen einzustehen.

Die Beklagten, auf Abweisung der Klage antragend, antworteten:

1. Die Verminderung des Einlagekapitals sei durch größere Verluste entstanden.

2. Wenn und soweit Zinse oder Gewinne bezogen worden seien, sei dieß in guten Glauben und nur in solchen Jahren geschehen, in welchen das Geschäft wirklich prosperirt habe.

3. Die Klägerin sei zur Klage überall nicht legitimirt, weil die Streitfrage einzig nach dem zur Zeit der Gründung der Commanditgesellschaft geltenden Recht, also nach dem privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich beurtheilt werden müsse und dieses (§ 1338) den Handelsgläubigern des Commanditisten nur das Recht gebe, die Einwerfung des fehlenden, bezw. durch widerrechtlichen Bezug von Zinsen und Gewinnen reduzirten Commanditenkapitals *in die Konkursmasse* des letztern zu verlangen, nicht aber auf direkte Zahlung ihrer Forderungen zu klagen. Auch eine Einwerfung in die Konkuasmasse des Eugen Bluntschli hätte zunächst nur der Massaverwalter und die Klägerin bloß eventuell, wenn von diesem die Führung eines bezüglichen Prozesses abgelehnt worden wäre, anstreben können (§ 62 des zürcherischen Konkursgesetzes).

4. Die Legitimation der Klägerin zur Klage sei ferner deßwegen ausgeschlossen, weil sie in Folge Genehmigung des Zwangsnachlaßvertrages 40 % an ihre Forderung erhalten und mit den übrigen 60 % zum Nachlaß gezwungen worden sei, also nichts mehr zu fordern habe.

5. Der klägerische Ersatzanspruch sei dadurch erloschen, daß die Klägerin nach der Auflösung der Commanditgesellschaft Caspar Bluntschli und nachdem dieser Vorgang zur öffentlichen Kenntniß gebracht worden sei, den frühern Geschäftsverkehr mit Eugen Bluntschli fortgesetzt und in dieser Weise auf die Haft der Commanditäre verzichtet habe.

6. Gegenüber dem zweiten Standpunkt der Klage sei zu sagen, daß dem Eintrag ins neue Handelsregister vom 23. Februar 1883 nur die Bedeutung einer Uebertragung des frühern Eintrages zukomme und folglich darin nicht die Erklärung erblickt werden könne, die Commanditeinlagen seien *auch gegenwärtig* noch ungeschmälert vorhanden, sondern nur, daß sie *bei der Gründung der Gesellschaft* vorhanden gewesen seien.

Dafür, daß sie dem Eugen Bluntschli als Uebernehmer des Geschäftes „Caspar Bluntschli“ nicht weiter kreditirt habe, beruft sich die Klägerin auf einen unterm 13. Juli 1886 an den erstern gerichteten Brief folgenden Inhalts:

„Wir besitzen Ihr Circular vom 6. cour. und theilen Ihnen mit, daß unser Vorstand beschlossen hat, den Saldo der Rechnung des Herrn Caspar Bluntschli nicht zu übertragen, sondern Sie zu ersuchen, uns den ausstehenden Saldo zu berichtigen.“

Mit Urtheil vom 17. Juni 1887 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage in vollem Umfange ab, davon ausgehend, daß die Einwendungen 3, 4 und 6 der Beklagten begründet seien.

Die Appellationskammer des Obergerichtes aber hob dieses Urtheil auf und wies die Akten an das Bezirksgericht Zürich zurück mit dem Auftrag, den Parteien folgende Beweise abzunehmen:

1. Der Klägerin dafür, daß die Beklagten trotz theilweiser Abschreibung des Commanditenkapitals und ohne vorherige Ergänzung desselben sich von der Gesellschaft Caspar Bluntschli *seit dem 1. Januar 1883* Gewinn und Zinse haben auszahlen lassen und in welchem Betrag;

2. Den Beklagten dafür, daß die Klägerin nach der Auflösung der Gesellschaft Caspar Bluntschli den bisherigen Geschäftsverkehr mit Eugen Bluntschli fortgesetzt und den Saldo aus früherer Rechnung auf ihn übertragen habe;

und nach Durchführung dieses Beweisverfahrens ein neues Urtheil auszufällen.

Gründe:

1. Die Klägerin ist in dem am 1. Oktober 1886 über ihren Handelsschuldner Eugen Bluntschli dahier ausgebrochenen Konkurs mit 60 % ihrer 9926 Fr. betragenden Forderung zu Verlust gekommen und belangt nun die Beklagten, welche bis wenige Monate vor Ausbruch des Konkurses über Bluntschli bei dessen Geschäfte als Commanditäre betheiligt gewesen sind und sich in dieser Eigenschaft während der Jahre 1882 bis 1885 Gewinne und Zinsen haben auszahlen lassen, auf Vergütung jener Verlustsumme.

2. Bei der Begründung dieses Klagebegehrens hat die Klägerin zwei Standpunkte eingenommen:

in erster Linie hat sie sich auf den allgemein und auch in unserm schweizerischen und kantonalen Recht anerkannten Rechtssatz berufen, daß, wenn dem Commanditär Gewinn und Zinse nur unter Inanspruchnahme des Commanditenkapitals ausbezahlt werden können oder dieses schon vor der Auszahlung durch Verluste theilweise sich vermindert hat oder sogar ganz verschwunden ist, eine Auszahlung gar nicht oder doch wenigstens nur in dem Umfange erfolgen soll, als Gewinn und Zinse nicht zum Ersatz des verlorenen Commanditenkapitals nöthig sind und daß wenn sie doch erfolgt, der Commanditär in der Regel zur Rückgabe des Empfangenen angehalten werden kann;

in zweiter Linie hat sie geltend gemacht, die Beklagten haben, als die Geschäftsfirma Caspar Bluntschli nach Einführung des Schweizerischen Obligationenrechts und zwar im Februar 1883 ins neue Handelsregister eingetragen worden sei, den Betrag des Commanditenkapitals wiederum, wie bei der früher erfolgten Gründung der Commanditgesellschaft auf 95,000 und 15,000 Fr. angegeben, während dieses damals in Folge früher erfolgter Abschreibungen erheblich weniger betragen habe und sie haben nun nach Art. 604 des Schw. O.-R. bis auf den Betrag jener höhern Summen einzustehen.

3. Was vorerst die letztbezeichnete Grundlage der Klage betrifft, so fällt sie durch die schon vom Bezirksgericht aufgestellte Betrachtung dahin, daß in der im Februar 1883 erfolgten Eintragung der Commanditgesellschaft Caspar Bluntschli ins Handelsregister keineswegs, wie die Klägerin behauptet, ein neuer konstitutiver Akt, sondern nur die Uebertragung des früher bestandenen Eintrages im alten Handelsregister in das neu angelegte Register gelegen hat, wie schon daraus hervorgeht, daß unterlassen wurde, die Firma mit den Vorschriften des eidgen. Obligationenrechtes in Uebereinstimmung zu

setzen (Art. 870); sie ist damals durch die Vorschrift des neu in Kraft getretenen Schweiz. Obligationenrechtes, Art. 865 Abs. 4, und durch die gemäß dieser Vorschrift vom Registerführer an alle Firmen erlassene Aufforderung, sich anzumelden, veranlaßt worden und in der nachherigen Publikation der Anmeldung ist ausdrücklich bemerkt gewesen, die Commanditgesellschaft Caspar Bluntschli habe schon am 1. März 1882 ihren Anfang genommen; durch die Veröffentlichung der Commanditsummen von 95,000 und 15.000 Fr. ist auch nicht gesagt worden, die Commanditäre erklären sich dafür haftbar, daß das Commanditenkapital *auch zur Zeit der Publikation* noch voll und ganz im angegebenen Betrage vorhanden sei, vielmehr hat in jener Angabe nur die Anerkennung gelegen, daß sich die Kommanditäre *s. Z., bei der Gründung der Gesellschaft* verpflichtet haben, ein Kapital im bezeichneten Betrag einzulegen, daß sie somit, soweit die Einlage noch nicht vollständig erfolgt sei, mit Erfolg zu deren Ergänzung angehalten werden können und daß ihnen auch obliege, soweit Rückbezüge des Kapitals stattgefunden haben, das Bezogene wieder einzubringen.

4. Was den ersten Standpunkt der Klage anbetrifft, so sind auseinanderzuhalten die Bezüge von Gewinn und Zinsen aus der Zeit vor dem 1. Januar 1883 einer- und die spätern anderseits und soweit die Klage auf Rückvergütung der erstern gerichtet ist, ist sie ohne Weiteres in Uebereinstimmung mit dem bezirksgerichtlichen Urtheil aus formellen Gründen zu verwerfen.

5. Es kommen nämlich, möge man nun die eingeklagte Verpflichtung der Beklagten als rechtliche Wirkung der Gründung der Commanditgesellschaft oder des betreffenden Gewinn- und Zinsenbezuges ansehen, da beide Thatsachen in die Zeit vor dem 1. Jenner 1883 fallen, nach Art. 882 Abs. 1 des O.-R. bei der Beurtheilung des Klagebegehrens noch die Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches zur Anwendung und die hier einschlägigen Vorschriften (§ 1338 u. f.) bestimmen *lediglich zu Gunsten der Konkursmasse des Commanditirten* und keineswegs zu Gunsten der einzelnen Handelsgläubiger das Recht, zu verlangen, daß rückständiges oder wieder herausgezogenes Commanditenkapital eingebracht, sowie im bösen Glauben bezogene Gewinne und Zinse, ja sogar in gutem Glauben aber auf Grund offenbar unrichtiger Rechnungen bezogene Gewinne herausgegeben werden.

6. Wie ferner schon wiederholt in gerichtlichen Urtheilen ausgeführt ist,

siehe Obergerichtl. Rechenschaftsbericht von 1879, No. 33,

Urtheil der Appellationskammer in Sachen Tschappu vom 12. Dezember 1881,

und die von der Klägerin selbst angeführten Urtheile der Appellationskammer i. S. Schneider ca. Bolliger vom 17. August 1881, Erwägung 1, — und

i. S. Vollenweider ca. Vollenweider vom 29. Juni 1886, Erwägung 2,

kommt es in den Fällen, wo das Gesetz ein Klagerecht nur zu Gunsten einer Konkursmasse kennt, z. B. auch in demjenigen des § 1019 des privatrechtlichen Gesetzbuches, der von der Klägerin als analog dem vorliegenden erwähnt worden ist, nach der Vorschrift des § 62 des Konkursgesetzes nicht den einzelnen Gläubigern zu, von sich aus Klage zu führen, sondern es haben sich zuerst die gesetzlichen Vertreter der Konkursmasse schlüssig zu machen und darüber auszusprechen, ob sie Namens der Masse klagen wollen und erst, wenn sie dies ablehnen und die Führung von Prozessen den Gläubigern auf Kosten und Gefahr derselben überlassen, sind die letztern mit einer Klage zu hören; die Klägerin behauptet aber selbst nicht, daß diesem gesetzlichen Erforderniß im vorliegenden Fall ein Genüge geschehen sei und sie in dieser Weise das Recht erworben habe, gestützt auf § 1338 u. f. des privatrechtlichen Gesetzbuches Klage zu führen und diesem formellen Mangel kann auch durch die nachträgliche Erklärung der Klägerin, das Klagebegehren eventuell zu Handen der Bluntschlischen Konkursmasse zu stellen, nicht abgeholfen werden; entscheidend ist, daß die Klage von Jemanden erhoben worden ist, dem die Berechtigung, sie zu stellen, abging.

7. Betreffend die seit dem 1. Januar 1883 erfolgten Gewinn- und Zinsenbezüge ist zu-

nächst die Frage zu prüfen und zu entscheiden, ob, soweit die Beträge nachweisbar unter Inanspruchnahme des Commanditenkapitals oder wenigstens ohne vorherige Ersetzung des früher verlorenen oder abgeschriebenen Kapitals ausgezahlt worden sind, die Verpflichtung zur Rückvergütung, wie beklagtischerseits geltend gemacht wird, als eine rechtliche Wirkung der Thatsache der Gründung der Commanditgesellschaft Caspar Bluntschli oder, wie die Klägerin behauptet, als Wirkung der Thatsache der Bezüge betrachtet werden müsse.

Im erstern Fall beurtheilt sich die Schuldpflicht der Beklagten auch bezüglich der hier in Frage stehenden Bezüge gemäß Art. 882 Abs. 1 des O.-R. nach den oben erwähnten Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches (§ 1338 u. folg.), im letztern Fall dagegen gemäß Art. 882 Absatz 3 des O.-R. nach den Bestimmungen des letztern (Art. 603 u. folg.), welche von den erstern insofern abweichen, als sie nicht mehr nur zu Gunsten der Konkursmasse des Commanditirten einen Anspruch auf Auszahlung zurückgezogenen Commanditenkapitals und rechtswidrig bezogener Gewinne und Zinse vorsehen, sondern auf den Fall, als die Commanditgesellschaft in anderer Weise als durch Konkurs aufgelöst worden ist, den Handelsgläubigern in Art. 603 ein direktes selbständiges Klagerecht gegen den Kommanditär auf Zahlung noch nicht eingeworfenen oder bereits zurückgezogenen Commanditenkapitals einräumen und in Art. 605 ferner bestimmen, daß der Commanditär für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft hafte, wenn und soweit er Zinse oder Gewinn vor Wiederergänzung der durch Verluste verminderten Einlage beziehe oder durch den Bezug die Commanditsumme vermindert werde.

8. Obige Frage ist nach der Ansicht der Klägerin im letztbezeichneten Sinne zu beantworten.

Allerdings haben sich die Gerichte bei Anwendung des Art. 882 des O.-R. bereits dahin ausgesprochen, daß Forderungsrechte, welche unter der Herrschaft des alten Rechtes entstanden sind, während ihrer ganzen Dauer in allen Beziehungen nach dem alten Recht beurtheilt werden sollen und soweit daher bei der vor dem 1. Jenner 1883 erfolgten Gründung der Commanditgesellschaft Caspar Bluntschli gewiße Rechte und Verpflichtungen, sei es zu Gunsten der Contrahenten oder dritter Personen, geschaffen worden sind, bleiben sie auch in der Zukunft trotz der Einführung des neuen Obligationenrechts dem frühern Rechte unterworfen, auch wenn die Thatsachen, deren Eintritt erforderlich war, damit das betreffende Recht resp. die Verpflichtung wirksam werde, erst in die Zeit seit dem Inkrafttreten des neuen Rechtes fallen,

(Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, Bd. IV, S. 102),

allein damit, daß ein Vertragsverhältniß ins Leben tritt, entstehen nicht ohne Weiteres alle Rechte und Verpflichtungen, deren Entstehen das zu dieser Zeit maßgebende Recht als mögliche Folgen des Bestehens des Vertragsverhältnisses vorsieht, solche Rechte und Verpflichtungen sind vielmehr erst als entstanden zu betrachten, wenn die thatsächlichen Voraussetzungen, von deren Eintreffen das Entstehen derselben von Gesetzeswegen abhängig gemacht ist, wirklich vorhanden sind.

9. Wendet man diese Sätze auf den vorliegenden Fall an, so ist zu sagen, daß nicht schon um des Umstandes willen, daß das zur Zeit der Gründung der Commanditgesellschaft Caspar Bluntschli geltende Privatgesetz auch auf gewisse Fälle hin und in gewissen Formen ein Recht der Gläubiger einer solchen Firma, Gewinn und Zinse, welche von dem Commanditär bezogen worden sind, herauszufordern, vorgesehen hat, — ein solcher Anspruch damals schon zu Gunsten der Klägerin gegenüber den Beklagten im Recht begründet gewesen, daß derselbe vielmehr erst entstanden ist, als theils die Klägerin durch ihren Geschäftsverkehr mit der neugegründeten Commanditgesellschaft Gläubigerin dieser wurde, theils die Beklagten sich Gewinne und Zinse der Commanditsumme auszahlen ließen.

10. Nach dem Gesagten stützt die Klägerin ihr Begehren um Rückvergütung der von dem Beklagten seit dem 1. Januar 1883 bezogenen Gewinne und Zinse mit Grund

auf die Vorschriften des eidg. Obligationenrechts und im besondern auf Art. 605.

11. Die Beklagten wenden gegen die Klage ein, die Klägerin habe gemäß dem Beschluß des Bezirksgerichtes vom 23. Februar 1887, durch welchen der von Eugen Bluntschli mit seinen Gläubigern abgeschlossene Zwangsnachlaßvertrag genehmigt worden ist und volle Wirksamkeit erlangt hat, wie die übrigen Gläubiger des Gemeinschuldners 60 % ihrer frühern Forderung verloren und für 40 % habe sie Zahlung erhalten, somit erscheine sie als befriedigt und es könne nicht mehr von Verbindlichkeiten der Gesellschaft ihr gegenüber gesprochen werden.

12. Die Einwendung hält aber nicht Stich. Der Nachlaßvertrag beruht in der Regel auf dem Bestand der Auffallsmasse, wie solcher sich aus dem Auffallsinventar ergibt und es kann sich daher vorerst fragen, ob nicht der Nachweis, daß bei der Vereinbarung und Genehmigung des Vertrages außer den im Auffallsinventar aufgezählten Vermögensstücken weitere Aktiven des Gemeinschuldners vorhanden gewesen seien, aber beim Vertragsabschluß keine Berücksichtigung gefunden haben, wie im vorliegenden Falle der Anspruch auf Rückvergütung der vom Commanditär rechtswidrig bezogenen Gewinne und Zinse, geeignet sei, zu einer gänzlichen oder theilweisen Wiederherstellung der frühern Gläubigerrechte zu führen und zwar selbst dann, wenn den Gemeinschuldner der Vorwurf nicht trifft, den Vertrag auf unredliche Weise herbeigeführt zu haben.

13. Sodann und entscheidend fällt folgendes in Betracht:

Die am 1. Juli 1886 stattgehabte Auflösung der Commanditgesellschaft Caspar Bluntschli hat das Gläubigerrecht der Klägerin zu einem doppelten gestaltet, gegenüber dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter Eugen Bluntschli auf volle Zahlung der Gesellschaftsschuld und gegenüber den Beklagten als gewesenen Commanditären auf Zahlung dieser Schuld, soweit der Anspruch auf Rückvergütung rechtswidrig bezogener Zinse und Gewinne reichte und zwar ist nach Art. 594 des O.-R. anzunehmen, es habe für diesen Betrag eine Solidarschuld bestanden; gemäß Art. 166 aber ist dadurch, daß die Klägerin in Folge des Nachlaßvertrages einen Theil ihrer Forderung an Eugen Bluntschli eingebüßt hat, nicht ohne Weiteres auch der gänzliche oder theilweise Untergang ihrer Forderung an die Beklagten bewirkt worden; für die Annahme eines Unterganges müßten besondere Umstände sprechen und solche fehlen: durch den Nachlaßvertrag ist lediglich gesagt worden, nach dem Bestand des Vermögens des Gemeinschuldners Bluntschli verlangen sowohl dessen Interessen, als diejenigen seiner Gläubiger, daß derselbe nicht für mehr als 40 % der Schuldmasse zur Zahlung angehalten werde, für den Mehrbetrag sollen die Gläubiger auf Befriedigung verzichten, es ist ihnen aber dieser Verzicht nur dem Gemeinschuldner gegenüber zugemuthet worden.

14. Endlich ist beklagterseits noch eingewendet worden, der klägerische Ersatzanspruch sei dadurch erloschen, daß die Klägerin nach der Auflösung der Commanditgesellschaft Caspar Bluntschli und nachdem dieser Vorgang zur öffentlichen Kenntniß gebracht worden sei, den frühern Geschäftsverkehr mit Eugen Bluntschli fortgesetzt und in dieser Weise auf die Haft der Commanditäre verzichtet habe, allein klägerischerseits ist die thatsächliche Richtigkeit dieses Vorbringens bestritten worden und es spricht auch gegen dieselbe das Schreiben vom 13. Juli 1886, mit welchem die Klägerin dem Eugen Bluntschli mitgetheilt hat, sie beabsichtige den Saldo der Rechnung auf Caspar Bluntschli nicht zu übertragen und fordere Berichtigung desselben.

15. Nach den obigen Ausführungen ist auf die Klage einzutreten und zu untersuchen, ob und inwiefern der den Beklagten gemachte Vorwurf, daß sie sich widerrechtlich Gewinn und Zinse haben auszahlen lassen, begründet sei; zu diesem Zwecke sind aber die Akten an das Bezirksgericht zurückzuweisen mit dem Auftrag, theils bezüglich dieses Punktes, theils darüber, ob die Klägerin nach Auflösung der Gesellschaft Caspar Bluntschli den Saldo ihrer bisherigen Rechnung auf Eugen Bluntschli übertragen habe, ein Be-

weisverfahren einzuleiten und nach dessen Durchführung ein neues Urtheil zu erlassen.

Der Eigenthumsvorbehalt

des Verkäufers an verkauften beweglichen Sachen bis nach erfolgter Zahlung des Kaufpreises ist auch nach dem schweizerischen Obligationenrecht zulässig. Rechtliche Natur und Wirkungen desselben.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 4. Oktober 1887.)

Im Konkurse über den Müller Jakob Peter in Unterschlatt vindicirte der Viehhändler Joseph Weil in Töß sechs Viehstücke (die Nummern 210—215 des Auffalls-Inventars) beziehungsweise die auf der Konkursgant für diese Viehstücke erzielten Erlöse, gestützt darauf, daß er jene dem Cridar nur unter Vorbehalt des Eigenthums bis zu gänzlicher Bezahlung des Kaufpreises verkauft habe und nun keines der betreffenden Stücke vollständig bezahlt sei. Diese Vindikation wurde von der Notariatskanzlei als Vertreterin der gesammten Konkursmasse und einem Privateinsprecher bestritten.

Die zweite Instanz entschied:

Das Viehstück No. 211 sei vollständig bezahlt, also das Eigenthum daran auf den Gemeinschuldner übergegangen und somit die Vindikation Weils abzuweisen.

An das Viehstück Nro. 212, (Kaufpreis 542 Fr. 90) seien 343 Fr. 10 bezahlt, restiren also noch 199 Fr. 70 und diesen Betrag sei Weil vom Versilberungserlös (betragend 345 Fr.) zu beziehen berechtigt, im Uebrigen seine Vindikation dagegen abgewiesen.

An das Viehstück No. 213 sei noch nichts bezahlt und es dürfe daher Weil den ganzen Kaufpreis nebst Verzugszins mit 153 Fr. 48 von dem betreffenden, 180 Fr. betragenden Versilberungserlös beziehen, etwas mehr dagegen nicht.

An die Viehstücke No. 210, 214 und 215 sei gar nichts bezahlt worden und da die Versilberungserlöse unter den Kaufpreissummen stehen, so sei Weil berechtigt, dieselben in ihrem ganzen Umfange zu vindiciren.

Gründe:

1. Die Rekursgegner machten gegenüber der Vindikation schon erstinstanzlich geltend, daß Eigenthumsvorbehalte an verkauften Sachen, insbesondere an Vieh, keinen Anspruch auf rechtlichen Schutz haben, eventuell, daß ihnen ein solcher jedenfalls nur dann gewährt werden dürfe, wenn dem Gemeindammann behufs Vormerknahme am Pfandprotokoll davon Anzeige gemacht worden sei. Allein diesen Ansichten kann nicht beigetreten werden.

2. Ueber die rechtliche Bedeutung und die rechtlichen Wirkungen des sogenannten Eigenthumsvorbehalts, d. h. einer Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer, womit sich der letztere bei kreditirtem Kaufpreise auch nach stattgefundener Tradition das Eigenthum am Kaufsgegenstande bis zur vollständigen Bezahlung vorbehält, bestehen in der Rechtswissenschaft zwei entgegengesetzte Meinungen. Nach der einen, welche von Duncker in seiner Abhandlung über das pactum reservati dominii im Rhein. Mus. Bd. V S. 65 u. folg. einläßlich begründet wird, supponirt man eine Vereinbarung der Kontrahenten, nach welcher die Geltendmachung des vorbehaltenen Eigenthums des Verkäufers an eine Wiederauflösung des Kaufvertrags geknüpft ist, was zur Folge hätte, daß der Verkäufer, der natürlich, was er an den Kaufpreis bereits erhalten hat, zurückgeben müßte, einfach wieder Eigenthümer der verkauften Sache würde, gleichviel, ob dieselbe an Werth gewonnen oder verloren hat, wenn auch nicht mit Ausschluß des Rechtes des Käufers, für nothwendige und nützliche Verwendungen Entschädigung zu verlangen und desjenigen des Verkäufers auf Schadenersatz wegen der durch den Käufer verschuldeten Verschlechterung. Nach der andern Meinung dagegen, welche das Oberappellationsgericht zu Oldenburg in dem in Seufferts Archiv Band 25 No. 242 und 243 abgedruckten Entscheide adoptirt hat, ist der fragliche Eigenthumsvorbehalt, wenn auch kein Pfandvertrag, doch wegen des einzig auf Sicherung des Kaufpreises gerichteten Zweckes in seinen Wirkungen dem

Pfandvertrage gleich zu halten, d. h. lediglich ein subsidiarisches Mittel, um dem Verkäufer zur Bezahlung zu verhelfen; seine Geltendmachung hat daher die Wiederauflösung des Kaufs keineswegs zur Voraussetzung und es trifft also sowohl der Vortheil einer Wertherhöhung der verkauften Sache als der Nachtheil einer Werthverminderung den Käufer, *auch kann der Verkäufer durch Geltendmachung des Eigenthumsvorbehalts nie mehr erhalten als seine Forderung resp. deren Werth und muss einen allfälligen Ueberschuss dem Käufer herausgeben,* ebenso aber bleibt der letztere, wenn ersterer trotz Geltendmachung des Eigenthumsvorbehalts für den Kaufpreis nicht völlig bezahlt wird, für den Mehrbetrag Schuldner seines Verkäufers.

3. Demjenigen, der die letztere Auffassung für die richtige hält, wirft sich nun allerdings die Frage auf, ob nicht Art. 210 des Schw. O.-R., welcher das Pfandrecht ohne Besitzesübertragung an den Pfandgläubiger als unzuläßig erklärt, auch die Ungültigkeit der Eigenthumsvorbehalte nach sich ziehe. Allein gegen diese Ansicht spricht, daß in den frühern Entwürfen zum schweizerischen Obligationenrecht (siehe Entwurf vom Juli 1879 Art. 219) eine ausdrückliche Bestimmung enthalten war, welche den Eigenthumsvorbehalt für unwirksam erklärte und bezüglich welcher die Botschaft des Bundesrathes vom 27. November 1879 sich dahin aussprach, daß dieß mit den Prinzipien im Einklang stehe, welche der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem französischem Rechte und der Mehrzahl der kantonalen Rechte der Lehre vom Pfandrecht zu Grunde gelegt habe, daß dann aber diese Bestimmung später wieder fallen gelassen wurde. Letzteres kann nicht wohl dadurch erklärt werden, daß man die fragliche Bestimmung als überflüssig erachtet hätte, denn es mußte den schweizerischen Gesetzgebern bekannt sein, daß über die rechtliche Natur des Eigenthumsvorbehalts verschiedene Ansichten bestehen, von denen jedenfalls die eine, nämlich die oben näher bezeichnete Dunckers auch mit dem Verbot der Mobiliarpfandrechte ohne Besitzesübertragung sehr wohl vereinbar ist, weil nach derselben eben der Eigenthumsvorbehalt etwas ganz Anderes ist als ein vertragliches Pfandrecht. Aber auch die andere Absicht führt keineswegs mit zwingender Nothwendigkeit zu jenem Schlusse. Denn wenn auch nach dieser Ansicht der Eigenthumsvorbehalt dem Pfandrechte ähnlich ist und die gleichen Wirkungen nach sich zieht, so ist er doch nach seiner rechtlichen Construktion etwas davon Verschiedenes. Die Streichung der fraglichen Bestimmung ohne alle und jede Motivirung muß daher dadurch erklärt werden, daß der Gesetzgeber den Eigenthumsvorbehalt für gültig betrachtet wissen wollte.

4. Für diese Ansicht spricht auch die Behandlung des Eigenthumsvorbehalts durch das zürcherische Recht. Hier kann mit Rücksicht auf § 1454 kein Zweifel darüber obwalten, daß der Eigenthumsvorbehalt rechtsgültig ist, obschon das zürcherische Recht zur Gültigkeit des Pfandrechtes an Mobilien die Eintragung ins Pfandbuch verlangt und diese Eintragung zur Gültigkeit des Eigenthumsvorbehalts nicht vorgeschrieben ist. Also trotz der innern Aehnlichkeit zwischen Eigenthumsvorbehalt und Pfandrecht verschiedene Vorschriften bezüglich der Requisite der Rechtsgültigkeit.

5. Endlich sind auch die Commentatoren des schweizer. Obligationenrechts, Schneider (siehe Commentar zu Art. 199 Ziff. 3 und zu Art. 264 Ziff. 4) und Hafner (Commentar zu Art. 264 Ziff. 2) übereinstimmend der Ansicht, daß unter der Herrschaft des schweiz. O.-R. der sogenannte Eigenthumsvorbehalt zu Recht bestehe.

6. Völlig unhaltbar ist der eventuelle Standpunkt der Rekursgegner, daß die Gültigkeit des Eigenthumsvorbehalts an die Anzeige ans Gemeindammannamt geknüpft sei. Eine solche Anzeige ist nirgends vorgeschrieben und selbst wenn dieß früher Seitens des kantonalen Gesetzgebers geschehen wäre, so hätte eine solche Vorschrift durch das Inkrafttreten des Schw. O.-R. ihre Gültigkeit verloren, weil bezüglich dieser Materie die gesetzgeberische Competenz völlig auf den Bund übergegangen ist.

7. Für die rechtlichen Wirkungen des Eigenthumsvorbehalts ist natürlich sehr erheblich,

b man annimmt, das Schweiz. Obligationenecht stehe bezüglich der rechtlichen Natur lesselben auf dem oben erörteten Standpunkte Junckers oder auf demjenigen des Oberppellationsgerichtes von Oldenburg. Das :ürcherische Recht scheint der letztern Anicht zu sein, denn wie das in Ullmers Commentar unter No. 2121 abgedruckte Präjudiz zeigt, gab man dem Verkäufer nicht das Recht, dem säumigen Käufer durch den Richter eine Frist ansetzen zu lassen, unter der Androhung der Auflösung des Kaufs, sondern verlangte, daß er ihn für den Kaufpreis rechtlich betreibe und nur, wenn er dadurch nicht zur Zahlung gelangen konnte, also erst nach durchgeführtem Konkurse oder allenfalls bei einem Schuldner ohne Imobiliarvermögen nach erfolgter Pfandbetreibung durfte er, und zwar offenbar nur um sich bezahlt zu machen, auf das verkaufte Objekt greifen. Dieser Ansicht muß auch für das schweizerische Obligationenrecht der Vorzug gegeben werden. Außer der größern Natürlichkeit und der größern Uebereinstimmung mit der im Volke in dieser Beziehung herrschenden Anschauung spricht dafür nämlich auch der Bericht der nationalräthlichen Commission über den Entwurf des schweiz. O.-R. vom November 1880 pag. 22; denn indem diese Commission beantragt, dem Verkäufer nach der Uebergabe des Kaufsgegenstandes nur dann das Recht zu geben, wegen Zahlungsverzuges vom Vertrage zurückzutreten, wenn er sich ein solches Recht beim Abschlusse desselben ausdrücklich vorbehalten habe, fügt sie bei: „Andere Vorbehalte, z. B. denjenigen des Eigenthums, läßt unser Vorschlag unberührt,“ nun wäre aber die rechtliche Natur dieses Vorbehalts nach der Ansicht Dunckers gerade das Recht zur Kaufsauflösung wegen Zahlungsverzugs, allerdings in Verbindung mit der weitern Vereinbarung, daß so lange die Suspensivbedingung schwebt, an welche die Geltendmachung dieses Rechts geknüpft ist, das Eigenthum beim Verkäufer zurückbleibt; wenn daher hier vom Eigenthumsvorhalte als von einem *andern* Vorbehalte gesprochen wird, so muß die nationalräthliche Commission die Ansicht getheilt haben, welche eine solche Vereinbarung der Kaufsauflösung als nicht im Eigenthumsvorbehalte inbegriffen betrachtet.

8. Im vorliegenden Falle hat diese Ansicht bezüglich der Wirkungen des Eigenthumsvorbehalts erhebliche praktische Bedeutung. Bevor jedoch hierauf eingetreten wird, muß noch geprüft werden, ob das von Weil vorbehaltene Eigenthumsrecht nicht überhaupt oder doch wenigstens bezüglich einzelner Stücke untergegangen sei.

9. Die Rekursgegner behaupten dieß zunächst deßhalb, weil der Rekurrent Weil nicht über die einzelnen Kaufgeschäfte separate Rechnung geführt und es dadurch dem Kridar unmöglich gemacht habe, den Nachweis dafür zu erbringen, welche Stücke Vieh durch die geleisteten Zahlungen von dem Eigenthumsvorbehalte liberirt worden seien. Allein dieser Beweis ist im Gegentheil vermittelst der Rechtsvermuthung, daß jede Zahlung als an die älteste Schuld gemacht zu betrachten ist, sehr leicht zu erbringen und es ist daher nicht einzusehen, weßhalb der Rekurrent durch seine Rechnungsstellung seine Rechte aus dem Eigenthumsvorbehalt auf die noch gar nicht oder erst theilweise bezahlten Viehstücke verwirkt haben sollte.

10. Dagegen ist es umgekehrt ebenso unrichtig, daß der Eigenthumsvorbehalt noch an sämmtlichen vindicirten Viehstücken zu Recht bestehe. Rekurrent will dieß daraus ableiten, daß zwischen ihm und dem Cridar ein Abkommen des Inhalts bestanden habe, daß wenn der Cridar ein Viehstück verkaufe, er den Kauferlös durch den Viehscheinaustheiler, der den Gesundheitsschein auszustellen hatte, an ihn überschicke und daß diese Zahlung dann als solche an den Kaufpreis des veräußerten Stückes zu betrachten sei, sowie daß man dieser Vereinbarung auch nachgelebt habe und in Folge dessen nur die veräußerten Stücke ganz oder theilweise bezahlt, die unveräußerten, im Streite liegenden aber noch gänzlich unbezahlt seien. Eine solche Vereinbarung wäre zwar an und für sich nicht unwahrscheinlich und wenn sie durch die Buchführung Weils unterstützt würde, dürfte man sie vielleicht mit Rücksicht darauf für bewiesen halten, daß der Viehscheinaustheiler

bestätigt, von Weil den Auftrag erhalten zu haben, die Kaufserlöse für die vom Kridar verkauften Stücke Vieh in Empfang zu nehmen und an ihn abzuliefern. Allein die Buchführung Weils stimmt eben in keiner Weise mit dieser Darstellung, ja es scheint, daß er nicht einmal wußte, welche Stücke Vieh vom Cridaren jeweilen verkauft worden waren, wenn er aus den Kaufserlösen eine Geldsendung erhielt und auch im Prozesse hat er sich keine Mühe gegeben, dieß im Einzelnen klar zu legen, so daß nicht ausgeschlossen ist, daß einzelne Zahlungen gar nicht von solchen Kaufserlösen herrühren. Wenn sodann ferner noch berücksichtigt wird, daß der Cridar selbst die fragliche Vereinbarung bestreitet und auch der Viehscheinaustheiler nichts davon weiß, so muß der bezügliche dem Rekurrenten obliegende Beweis als nicht erbracht betrachtet werden, eventuell ist jedennicht bewiesen, daß dieser Vereinbarung auch thatsächlich nachgelebt worden sei. Es greift daher die gewöhnliche Rechtsvermuthung Platz, daß die Zahlungen jeweilen an die älteste Schuld geleistet worden sind.

11. Die Summe sämmtlicher Zahlungen des Cridars beträgt, Werth 1. April 1887 2066 Fr. 95

Es sind daher zunächst als vollständig bezahlt zu betrachten die am 2. Oktober und 18. Dezember 1884 gekauften Viehstücke, Werth 1. April 1887 im Betrage von zusammen 1723 Fr. 75

und fällt an die am 12. Juni gekaufte Kuh noch eine Zahlung von 343 „ 20

Zusammen gleich der Summe aller Zahlungen 2066 Fr. 95

Von den beiden erst genannten Viehstücken ist die am 18. Dezember 1884 gekaufte Kuh mit *No. 211* des Aktivetats identisch und muß somit die Vindikation bezüglich dieser gänzlich verworfen werden. Die am 2. Oktober 1884 gekaufte und ebenfalls bezahlte Kuh kommt, weil unter den Konkursaktiven überhaupt nicht vorhanden und daher auch nicht vindicirt, nicht in Betracht. Der Kaufpreis für die am 12. Juni 1885 gekaufte, mit *No. 212* des Aktivetats identische Kuh beträgt, Werth 1. April 1887 542 Fr. 90, daran sind als bezahlt zu betrachten 343 Fr. 20 Cts. und restiren noch 199 Fr. 70, welche Rekurrent von dem 345 Fr. betragenden Versilberungserlös beziehen darf. Völlig gutzuheißen ist die Vindikation bezüglich *No. 210*, denn an diese, am 26. Januar 1887 verkaufte Kuh ist gar nichts bezahlt worden und der Versilberungserlös von 340 Fr. bleibt noch erheblich unter dem schuldigen Kaufpreis von 480 Fr. Für das am 2. September 1886 gekaufte Rind *(No. 213)* beträgt der noch vollständig ausstehende Kaufpreis mit Zins 153 Fr. 48 und darf somit Rekurrent diese Summe von dem, 180 Fr. betragenden Versilberungserlös beziehen. Auch die *No. 214 und 215* sind gänzlich unbezahlt und da die Versilberungserlöse von 185 Fr. und 165 Fr. unter den Kaufpreisen stehen, sind sie dem Rekurrenten ganz zu überlassen.

Die Stellung

des Spezialagenten einer Versicherungsgesellschaft zur letztern. Ist er nur ihr Vermittler oder in gewissen Beziehungen auch ihr Vertreter.

(Kassationsgericht Zürich.)

Am 16. September 1885 schloß der Bandagist Franz Joseph Knapp in Zürich mit der Bremer Versicherungsbank einen Lebensversicherungsvertrag zu Gunsten seiner Ehefrau ab. Am 21. Mai 1886 starb er und die überlebende Ehegattin verlangte Bezahlung der Versicherungssumme von 6000 Fr., erhielt aber zur Antwort, daß jedes Recht aus dem Versicherungsvertrag verwirkt sei, weil Knapp beim Vertragsabschluß verheimlicht habe:

1. daß er im Frühjahr und Sommer 1885 an einem ebenso heftigen wie hartnäckigen akuten Gelenkrheumatismus gelitten habe und

2. daß er im Oktober 1884 bei der französischen Gesellschaft „Phoenix“, welche ihn schon 1883 für 5000 Frkn. versichert hatte, einen Antrag auf Nachversicherung im Betrage von weitern 5000 Frkn. gestellt habe, aber auf Grund des ärztlichen Zeugnisses

ß seine Organe *in diesem Momente* wahrheinlich in Folge einer Ueberarbeitung nicht e nöthige Solidität und Kraft haben, um e Verdoppelung des Versicherungskapitals npfehlen zu können, zurückgewiesen woren sei.

Bezirks- und Obergericht erklärten die Einede der Verwirkung des Klagerechts für berründet, weil sich der Versicherungsnehmer n der That die ad. 1 erwähnte Verheimichung habe zu schulden kommen lassen. Auf die Frage, ob auch ein Verschweigen der ad. 2 genannten Thatsache vorliege, traten die beiden Instanzen nicht ein. (Siehe das zweitinstanzliche Urtheil in No. 7 dieser Blätter vom 15. April des laufenden Jahres.

Die gegen dieses Urtheil eingereichte Kassationsbeschwerde wurde abgewiesen und zwar

aus folgenden Gründen:

1. Durch das angefochtene Urtheil wurde die Klage deswegen abgewiesen, weil der verstorbene Ehemann der Klägerin bei Eingehung des Versicherungsvertrages über frühere Krankheiten unwahre Angaben gemacht habe.

2. Darauf kommt indessen nichts an und es ist daher auch nicht nöthig zu entscheiden, ob das Kassationsgesuch in dieser Hinsicht begründet sei, wenn sich ergibt, daß auch aus andern Gründen so entschieden werden mußte, wie es geschehen ist.

3. Dieß ist wirklich der Fall; denn anerkanntermaßen hatte der Ehemann der Klägerin im Jahre 1884 mit der fanzösischen Lebensversicherungsgesellschaft Phoenix Unterhandlungen über den Abschluß einer Versicherung eingeleitet, während er dieß in den Antworten auf die Fragen 9 a des Vertragsformulars verschwiegen hat.

4. Die Einrede der Klägerin, daß der Agent der Beklagten von dieser Thatsache Kenntniß gehabt habe, daß ihm bekannt gewesen sei, daß Knapp wegen der Nachversicherung, die nicht zu Stande gekommen sei, mit dem Phoenix unterhandelt habe und daß er dieß im Antragsformular nur deßhalb nicht erwähnt, weil er gewußt habe, daß die Unterhandlungen mit dem Phoenix nicht wegen des Gesundheitszustandes des Knapp gescheitert seien, ist nicht geeignet die Bedeutung der Thatsache aufzuheben und es ist daher auch auf das bezügliche Beweisanerbieten nicht einzutreten.

5. Die Thatsache, die unzweifelhaft von Bedeutung ist und für die Beklagte für den Entscheid über die Annahme des Versicherungsantrages wichtig war, mußte der Beklagten selbst mitgetheilt und daher eben in dem dafür bestimmten Antragsformular erwähnt werden. *Der Agent einer Lebensversicherungsgesellschaft ist nur innerhalb des ihm genau angewiesenen Auftrages seine Auftraggeberin zu vertreten berechtigt, er ist nicht allgemein ihr Vertreter.*

Anmerkung der Redaktion.

Wir möchten den Erwägungen des hohen Kassationsgerichtes folgende gegenüberstellen:

1. Thatsächlich steht fest:

a. daß der Ehemann der Klägerin im Oktober 1884 mit der französischen Versicherungsgesellschaft Phoenix Unterhandlungen über den Abschluß einer Nachversicherung eingeleitet hat und diese Thatsache in den Antworten auf die Fragen 9 a des Antragsformulars verschwiegen worden ist, — und

b. daß der die Versicherung aufnehmende Agent der Beklagten das Antragsformular selbst ausgefüllt und der Versicherungsnehmer Knapp ihm dabei nur die verlangten Aufschlüsse ertheilt hat.

2. Zum Beweise verstellt ist ferner, daß der Agent die Thatsache der im Oktober 1884 zwischen Knapp und dem Phoenix stattgefundenen Unterhandlungen bezüglich des Abschlusses einer Nachversicherung gekannt und derselben in dem Vertragsformular aus dem bestimmten Grunde keine Erwähnung gethan habe, weil jene Unterhandlungen nach seinem Wissen aus einem unerheblichen, namentlich mit den Gesundheitsverhältnissen des Knapp nicht zusammenhängenden Grunde gescheitert seien.

3. Wird dieser Beweissatz erhärtet und mit der unter 1 b erwähnten Thatsache zusammengehalten, so steht fest, daß die Nichterwähnung der Unterhandlungen mit dem

Phoenix im Antragsformular auf einer vom Agenten, den ihm bekannten maßgebenden Verhältnissen und den Fragen 9a gegebenen Auslegung beruht, diese Thatsache aber ist dann unzweifelhaft erheblich, wenn angenommen werden kann, daß der Agent hiebei als eigentlicher Vertreter der Beklagten gehandelt hat, denn dann muß seine Thätigkeit rechtlich als solche der letztern selbst gelten, und in diesem Falle ist klar, daß die Beklagte aus der Nichterwähnung der fraglichen Thatsache im Antragsformular eine Einrede überall nicht herleiten kann.

4. Daß der Agent in der angedeuteten Richtung als förmlicher Stellvertreter der Beklagten gehandelt hat, kann nun aber im Ernste nicht zweifelhaft sein und muß danach der angetragene Beweis abgenommen und im Falle seines Gelingens die Klage gutgeheißen werden.

5. Es ist nämlich eine notorische Thatsache, daß sich die Spezialagenten der Versicherungsgesellschaften nicht damit begnügen, die Vertragsformulare den zu Versichernden abzugeben und nach erfolgter Ausfüllung wieder abzuholen, also die beidseitigen Willenserklärungen zu vermitteln, sondern daß sie sich vielfach und gegenüber Personen, welche nach ihrem Stand und Bildungsgang von vornherein der Aufklärung bedürftig scheinen oder dieselbe nachsuchen, durchgehend, insofern als förmliche Vertreter ihrer Gesellschaften geriren als sie durch ihr thatsächliches Auftreten pretendiren, zur Aufklärung und zur Auslegung der gestellten Fragen befugt und bevollmächtigt zu sein und daß dieß mit Wissen und Willen, zum Mindesten aber mit stillschweigender Billigung der Gesellschaften geschieht. Es handelt sich bei diesen Versicherungsagenten um ein kaufmännisches Mandat, dessen Umfang aus den Umständen gefolgert werden kann und muß und wobei die Art und Weise, wie diese Agenten mit Wissen und unter stillschweigender Billigung ihrer Gesellschaften handelnd aufzutreten pflegen, von maßgebendem Einfluß sein muß. Die Nothwendigkeit zur Aufklärung und zur Auslegung der in den Antragsformularen enthaltenen Fragen ist auch eine so unabweisbare, daß sich die Agenten dieser Thätigkeit gar nicht entziehen können, anderseits liegt dieselbe aber auch im Interesse der Gesellschaften, sobald sie richtige Agenten haben und diese Verhältnisse lassen wiederum einzig *die* Annahme als natürlich erscheinen, daß die Gesellschaften ihre Agenten *in der erwähnten beschränkten Richtung* als Vertreter anerkennen, bezw. die Eigenschaft der letztern als Vertreter so lange mit Recht angenommen wird, als ein anderweitiger Wille von den Gesellschaften nicht kund gegeben worden ist.

Wir sind der Ansicht, daß diese Auffassung der Sache dem Leben allein entspricht und daß alle Versicherungsgesellschaften, denen ein guter Geschäftsgang am Herzen liegt, dieselbe theilen werden und müssen. Dafür, daß wir damit nicht allein stehen, ist zu verweisen auf ein Urtheil, abgedruckt in den Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichtes Bd. VII No. 109, in welchem Falle die Frage nach frühern Versicherungen ebenfalls verneint war, die Gesellschaft aber mit ihrer bezüglichen Einrede deßhalb abgewiesen wurde, weil der Agent die objektive Unwahrheit der Angabe kannte und diese dennoch persönlich in das Vertragsformular einschrieb (siehe auch No. 99 im nämlichen Band der bundesoberhandelsgerichtlichen Entscheidungen). Das Urtheil des Kassationsgerichtes war übrigens kein einstimmiges und dürfte deßhalb um so weniger als unumstößliches Präjudiz gelten.

Haftpflicht
aus unerlaubten Handlungen.

Streit über die Frage, ob die Beklagten als kantonale öffentliche Beamten gehandelt haben und sich deßhalb ihre Verantwortlichkeit nach dem kantonalen Rechte richte oder nicht. (Art. 64 des O.-R.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 13. September 1887.

Der Handesregisterführer des Kantons Zürich vermuthete, daß eine Person, über welche

der Konkurs im Amtsblatt publizirt worden war, mit dem Alleininhaber einer im Handelsregister eingetragenen Firma identisch sei, da er aber doch nicht ganz sicher war, wandte er sich mit einer bezüglichen Anfrage an den Konkursnotar und dieser antwortete, daß die Identität vorhanden sei, worauf der Registerführer sofort eine Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt dahin gehend veranlaßte, daß die in Frage kommende Eirma *in Folge Konkurses über ihren Inhaber* erloschen sei.

Der Bericht des Konkursnotars war indessen unrichtig, der in Konkurs Gerathene war nicht identisch mit dem Alleininhaber der betreffenden Firma und dieser protestirte deßhalb sofort gegen die das Erlöschen seiner Firma in Folge Konkurses anzeigende Publikation des Handelsamtsblattes, worauf der Widerruf derselben unverzüglich angeordnet wurde und schon in der folgenden Nummer des Handesamtsblattes erschien.

Nunmehr stellte der Firmainhaber eine Schadensersatz- bezw. Genugthuungsklage und zwar sowohl gegen den Handelsregisterführer als den Konkursnotar, er machte eine Schadensersatz- bezw. Genugthuungssumme im Betrage von 4000 Fr. geltend, davon ausgehend, daß die beiden Beklagten das Frscheinen des unrichtigen Handelsregistereintrages gemeinsam verschuldet und ihn dadurch im genannten Betrage geschädigt, eventuell seine persönlichen Verhältnisse ernstlich verletzt haben und deßhalb zur Zahlung einer Genugthuungssumme verpflichtet seien. In rechtlicher Beziehung wurde der Anspruch auf die Art. 50, 51 Abs. 1 und 55 des O.-R. gestützt. Die Beklagten bestritten den Klaganspruch gänzlich, weil ihnen keinerlei Fahrläßigkeit zur Last falle, dem Kläger überall kein Schaden entstanden sei, von einer ernstlichen Verletzung seiner persönlichen Verhältnisse nicht gesprochen werden könne und selbst wenn dieß der Fall wäre, ein Anspruch auf Genugthuung in Geld deßwegen ausgeschlossen sei, weil sie beide in ihrer Eigenschaft als kantonale Beamte gehandelt haben, deßwegen ihre Haftpflicht sich nicht nach dem Schweizerischen Obigationenrecht (Art. 50 u. folg.), sondern nach dem zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuch (§ 1852 und folgende) beurtheile und dieses nur eine Pflicht zum Ersatz des eigentlichen nachweisbaren Vermögensschadens kenne (siehe Art. 64 des O.-R., lautend: „Ueber die Ersatzpflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, können Bundes- oder *Kantonalgesetze* abweichende Bestimmungen aufstellen“).

Die Klage wurde bezirks- und obergerichtlich gegenüber beiden Beklagten abgewiesen.

Die zweitinstanzliche Begründung lautet in der Hauptsache wie folgt:

1. Zunächst ist jedem der beiden Beklagten gegenüber zu untersuchen, ob und inwiefern demselben fahrläßiges Handeln zur Last falle und sodann bejahendenfalls welche rechtlichen Folgen sich daran bezüglich der Haft für allfälligen Schaden, der aus jenem Handeln dem Kläger erwachsen ist, knüpfen. Dem Handelsregisterführer gegenüber ist klägerischerseits zur Begründung des Vorwurfes der Fahrläßigkeit des Nähern angeführt worden, schon die Verschiedenheit in der nähern Bezeichnung der beiden Personen (des Kridaren in der Konkurspublikation des Amtsblattes und des Firmainhabers im Handelsregistereintrag) hätte ihn von der Nichtidentität derselben überzeugen sollen und im Fernern hätte ihm nach Art. 23 der bundesräthlichen Verordnung über das Handelsregister vom 7. Dezember 1882 (Bundesgesetze Bd. VI S. 602) obgelegen, persönliche Erkundigungen beim Kläger einzuziehen, allein das Angeführte genügt nicht, um den dem Beklagten gemachten Vorwurf der Fahrläßigkeit begründet erscheinen zu lassen.

2. Die Verschiedenheit in der nähern Bezeichnung der beiden Personen hat sich der Beklagte leicht auf ganz natürliche Weise erklären können (was des Nähern ausgeführt wird) und übrigens steht ja fest, daß er die Identität der beiden Personen keineswegs ohne Weiters angenommen hat, daß ihm dießfalls vielmehr Zweifel aufgestiegen sind und gewiß hat er den Weg, den er dann eingeschlagen, um sich Gewißheit zu verschaffen,

auch in Anwendung gehöriger Vorsicht als den richtigen ansehen können.

3. Der Art. 23 der oben erwähnten bundesräthlichen Verordnung bezieht sich auf den hier nicht vorliegenden Fall, wo Jemand, der nach dem Gesetz pflichtig ist, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, hinsichtlich der Eintragung, Löschung oder Aenderung der Firma im Rückstande sich befindet, indem er für diesen Fall vorschreibt, daß der Registerführer sich mit dem letztern in Verbindung setzen und durch schriftliche Anzeige ihn zum Nachholen des Versäumten auffordern solle. Maßgebend ist hier für den Beklagten vielmehr die Bestimmung des Art. 21 der Verordnung gewesen, welche dem Registerführer zur Pflicht macht, sobald er davon Kenntniß erhält, daß gegen den Einzelinhaber eines Geschäftes oder gegen eine Gesellschaft der Konkurs erkannt worden sei, *von Amtswegen* die betreffende Firma zu löschen. Mit Grund hat nun der Beklagte, nachdem er durch das hiesige Amtsblatt von dem Konkurserkenntniß gegen X. Kenntniß erhalten hatte, gefunden, die geeignetste Person zur Ertheilung von Auskunft darüber, ob diese Publikation wirklich, wie er vermuthete, den Kläger beschlage, sei der Konkursnotar, der nach Gesetz als Auffallskanzlei zu handeln habe. Selbstverständlich wird in den Konkurserkenntnissen die Person desjenigen, über welchen Konkurs eröffnet wird, genau bezeichnet und es erhalten die Notare schon in dieser Weise genügende Anhaltspunkte, um über die Person des Gemeinschuldners nicht im Zweifel zu sein, wenn sie dann auch allerdings die Aufnahme des Vermögensinventars in der Regel den Gemeindammännern überlassen und erst später, wenn das Verzeichniß der Aktiven vollendet ist, gemäß § 57 des Konkursgesetzes mit dem Gemeinschuldner in persönliche Berührung treten.

4. Da der Bericht, der dann dem Beklagten vom Notar zugekommen ist, bestimmt dahin gelautet hat, der im Amtsblatt publizirte Gemeinschuldner sei identisch mit dem im Handelsregister eingetragenen Firmainhaber gleichen Namens, so hat der Beklagte die Firma im Handelsregister löschen und die Publikation im Handelsamtsblatt veranlassen können, ohne sich dadurch auch nur einer leichten Fahrläßigkeit schuldig zu machen.

5. Nach dem Gesagten muß die Klage dem Handelsregisterführer gegenüber abgewiesen werden, ohne daß die zwischen den Parteien weiter eventuell streitigen Fragen, ob der Handelsregisterführer als eidgenössischer oder kantonaler Beamter anzusehen sei und ob demgemäß bei Beurtheilung seiner Haft für die Folgen fahrläßiger Amtshandlungen das eidgenössiche Obligationenrecht oder das privatrechtliche Gesetzbuch zur Anwendung kommen, erörtert zu werden brauchen.

6. Betreffend den zweiten Beklagten, Notar X., hat die erste Instanz gefunden, derselbe habe sich durch Ertheilung des in Frage kommenden Bescheides einer groben Fahrläßigkeit schuldig gemacht und es ist dieser Annahme hierorts beizutreten, denn nach der eigenen Darstellung des Beklagten hat er die Identität des Klägers mit dem Konkursiten auf bloße Vermuthung hin bestätigt, ohne für seine Annahme andere Anhaltspunkte zu haben als die Uebereinstimmung des Vor- und Geschlechtsnamens, sowie eine angebliche, in Wirklichkeit nicht bestehende Aehnlichkeit der Berufsthätigkeiten.

7. Es ist auch darin den Ausführungen des bezirksgerichtlichen Urtheils beizustimmen, daß der Beklagte bei der Ertheilung jenes Bescheides als kantonaler Beamter gehandelt hat, demgemäß nach Art. 64 des O.-R. bei der Beurtheilung seiner Haft für die nachtheiligen Folgen, welche dem Kläger aus seinem fahrläßigen Handeln erwachsen sein sollen, die Bestimmung des § 1852 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches zur Anwendung kommt und nun dafür, daß dem Kläger aus der in Frage stehenden Publikation ein *Vermögensschaden*, — nur ein solcher kann hier in Betracht fallen, — entstanden sei, ein Beweis weder erbracht, noch in erheblicher Weise auch nur anerboten worden sei.

8. Was die Frage anbelangt, ob der Beklagte bei der Ertheilung des Bescheides als Beamter gehandelt hat, so ist zu berücksichtigen, daß derselbe den Bescheid auf die Anfrage einer Beamtung sowie in seiner amt-

lichen Eigenschaft als Auffallskanzlei gegeben hat, also offenbar in der Absicht und im Bewußtsein als Beamter über eine gewisse, von ihm in dieser Eigenschaft festgestellte Thatsache Auskunft zu geben. Allerdings können Zweifel darüber bestehen, ob der Beklagte vermöge seiner amtlichen Eigenschaft als Auffallskanzlei verpflichtet gewesen sei, die Anfrage zu beantworten, da in keinem Gesetz eine solche Auskunftsertheilung ausdrücklich als Dienstobliegenheit der Auffallskanzlei erwähnt ist. Allein auch wenn diese Frage zu verneinen wäre, würde dadurch der Ertheilung des Bescheides die Eigenschaft einer Amtshandlung nicht genommen, es würde ihr diese vielmehr mit Rücksicht darauf bleiben, daß anderseits auch durch kein Gesetz die Ertheilung solcher Bescheide von den amtlichen Verrichtungen der Gerichtsbeamten, insbesondere der Auffallskanzklei ausdrücklich ausgenommen ist und, wie oben bemerkt, außer Zweifel steht, daß der Beklagte bei der fraglichen Auskunftsertheilung als Beamter hat handeln wollen.

9. Die Klage muß somit gegenüber diesem Beklagten deßwegen abgewiesen werden, weil es sich um seine Verantwortlichkeit als Baamter handelt, er nach dem diese Verantlichkeit beherrschenden Gesetz (§ 1852 des P.-R. G.-B.) nur für den aus Absicht oder Fahrläßigkeit gestifteten *Vermögensschaden* aufzukommen hat und nun ein Beweis dafür, daß ein solcher Schaden eingetreten sei, weder geführt noch in erheblicher Weise anerboten, ein Anspruch auf bloße *Genugthuung* wegen erheblicher Verletzung der persönlichen Verhältnisse des Klägers aber im Rechte überhaupt nicht begründet ist.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. November 1887. VI. Band. № 21.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des Handelsgerichtes Zürich
vom 2. September 1887
in Sachen
des *Johannes Graf*, Senn, in Buch am Irchel, Kläger,
gegen
Rudolf Koblet, Senn, in Eidberg-Seen, Beklagten,
betr. Forderung aus Vertragsbruch.
Cession, Novation oder Kauf?

Streitfrage:

Ist der Beklagte nicht verpflichtet, dem Kläger 6000 Fr. Schadenersatz zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Die Sennereigenossenschaft Henggart-Hünikon erstellte Anfangs des Jahres 1885 eine Sennhütte und verkaufte die Milch auf ein Jahr (Mai 1885/86) an den Kläger Johs. Graf. Nachher wurde der Vertrag auf ein weiteres Jahr (Mai 1886/87) erneuert und als es sich dann im Frühjahr 1887 um den Verkauf der im dritten Wirthschaftsjahr (Mai 1887/88) zu produzirenden Milch handelte, machte Graf neuerdings ein Angebot und zwar von 5 Fr. 40 Rp. per Zentner. Dießmal konkurrirte nun aber der Beklagte mit ihm, er machte das gleiche Angebot und daraufhin beschloß die Versammlung der Sennereigenossen, es sei die Milch öffentlich zum Verkaufe auszuschreiben. Dieß geschah, Graf blieb bei seinem Angebote von 5 Fr. 40 Rp. per Zentner, Koblet dagegen bot 5 Fr. 45 Rp. und daraufhin wurde die Milch durch Genossenschaftsbeschluß vom 3. April *ihm* verkauft. Der Kaufvertrag datirt vom 5. April 1887 und enthält neben andern auch *die* Bestimmung, daß Koblet sich verpflichte, die im Sennereireglement vorgesehene annehmbare Bürgschaft oder Realkaution zu leisten.

Am 7. April 1887 trafen sich die beiden Parteien auf der Station Henggart und es machte Graf dem Koblet Vorwürfe, daß er ihm, dem alten Senn von Henggart-Hünikon, hinter seinem Rücken Konkurrenz gemacht habe. Der letztere fand selbst, daß sein Vorgehen nicht ganz korrekt gewesen sei und entschuldigte sich deßhalb mit Brief vom 8. April, er bereue den übereilten Schritt, den er in Folge Ueberredung einiger Bauern Henggarts gethan, bitter und ersuche Graf, ihm den Fehler zu vergessen. Es scheint richtig zu sein, daß Koblet von einigen Sentengenossen zu seinem Vorgehen veranlaßt worden ist, diese theilten sich förmlich in 2 Parteien, von denen die eine zu Graf hielt, während die andere nichts mehr von ihm wissen wollte. Zwei der Genossen von

Grafs Partei unterhandelten nun mit Koblet und dieser erklärte sich bereit, zu Gunsten Grafs zurückzutreten. Am Ostermontag den 11. April ging deßhalb der letztere mit zwei ihm gewogenen Milchlieferanten nach Eidberg, daselbst scheinen sich auch zwei Genossen der Gegenpartei eingefunden zu haben, um den Koblet von einem Wiederaufgeben seiner Rechte abzuhalten. In Folge der Unterhandlungen kam es aber zu einem Vertrag, welcher folgendermaßen lautet:

„Abtretungsvertrag."

„Der Unterzeichnete tritt die Milch Henggart vom Mai 1887 bis Mai 1888 unter gleichen Bedingungen laut Kaufvertrag, wie ich sie gekauft habe, an den bisherigen Käser Johs. Graf ab, *jedoch ohne Bürgschaft,*"

Eidberg, den 11. April 1887.

Rudolf Koblet, Eidberg.

Dieser Vertrag wurde doppelt ausgefertigt und überdem eine Abschrift zu Handen der Sennereigenossenschaft gemacht und sofort einem der anwesenden Genossen für dieselbe übergeben. Diese trägt nur die Unterschrift des Koblet und es will Graf bei Anfertigung derselben nicht zugegen gewesen sein, er gibt aber immerhin zu, daß beim Vertragsabschlusse davon die Rede gewesen, es solle der Genossenschaft von der Abtretung Anzeige gemacht werden und daß er dieß auch als selbstverständlich betrachtet habe.

Mit Brief vom 12. April 1887 entschuldigte sich Koblet gegenüber einem Mitglied der Genossenschaft über sein Vorgehen, indem er sagt, er habe keine Auftritte mehr riskiren wollen wie derjenige vom 7. April mit Graf auf der Station Henggart und sodann fortfährt: „Es hat mich ferner dazu bewogen die Reiberei in der Gemeinde und überdieß ist eine Abtretung der Milch schon oft vorgekommen, wo die Statuten nicht dawider sind. *Ich habe gefunden, dass diess das beste sei, beide Parteien wieder zu vereinigen, indem es der Gesellschaft jetzt freisteht, zu stimmen nach Belieben, Graf wäre dann auch entwaffnet und könnte mir keine Grobheiten mehr machen. Wir wollen den Entscheid der Commission und den Bauern überlassen.*"

Am Sonntag den 17. April fand eine Generalversammlung der Sennhüttengenossenschaft statt, deren einziges Traktandum die Frage bildete, ob der Abtretungsvertrag Koblet-Graf genehmigt werden solle oder nicht. Der Versammlung lag ein Exemplar des Abtretungsvertrages vor, dieselbe beschloß aber mit 28 gegen 19 Stimmen, auf den Vertrag überall nicht einzutreten, sondern an Koblet als Käufer der Milch festzuhalten.

Mit Zuschrift vom 18. April machte der Aktuar der Gesellschaft dem Beklagten von dieser Beschlußfassung Mittheilung, bemerkend, daß somit die Milch vom 1. Mai 1887 an an ihn auf seine Verantwortlichkeit abgeliefert werden soll und er, da die Gesellschaft mit dem bisherigen Senn nichts mehr zu thun haben wolle, die nöthigen Vorkehrungen zur Milchabnahme zu treffen habe.

In Folge einer Anfrage des Vertreters von Graf, Advokat Müller, d. d. 21. April, theilte Koblet diesem am 23. April mit, daß er den Abtretungsvertrag der Gesellschaft eingehändigt, derselben seinen Entschluß, die Milch abzutreten, eröffnet, nun aber die Antwort erhalten habe, daß die Gesellschaft auf den Vertrag nicht eintrete. Dazu ist bemerkt: „Wenn die Genossenschaft mich bei meinem Vertrag behaftet, so muß ich auf den 1. Mai bereit sein und kann weiter nichts machen."

Am gleichen 23. April insinuirte der Vertreter des Graf der Gesellschaft die erfolgte Abtretung, bemerkend: „und ist somit letzterer in alle Rechte *und Verpflichtungen* von Koblet eingetreten. Um den letztern nachzukommen, ersuche Sie, mir gef. ein Bürgschaftsformular zukommen zu lassen, damit Graf sofort für die nöthige Bürgschaft besorgt sein und solche mit dem 1. Mai leisten kann."

Am 24. April erfolgte die Antwort, ein Bürgschaftsformular werde nicht geschickt, indem die Gesellschaft ja von Koblet bereits einen ausgefüllten Bürgschein besitze und *dieser* wohl eher in der Lage wäre, von Graf Bürgschaft zu verlangen.

Am 25. April ließ die Sennhüttengenossenschaft dem Koblet amtlich anzeigen, daß er auf den 1. Mai für die Abnahme der Milch zu sorgen habe und am gleichen Tage schrieb der Vertreter des Graf an ihn, daß die Ge-

sellschaft sich die Abtretung seiner Rechte an den letztern gefallen lassen *müsse* und deßhalb erwartet werde, er sorge dafür, daß Graf die Milch mit dem 1. Mai beziehen könne. Darauf erfolgte die Antwort, daß Koblet den Graf nur mit Zustimmung der Gesellschaft habe substituiren können und wollen und daß folglich die Abtretung dahin falle, wenn letztere ihre Schlußnahme nicht ändere. Graf hielt in einem weitern Brief vom 27. April an seinem Standpunkt fest und ebenso Koblet mit Zuschrift vom 29. gl. Mts.

Am 1. Mai trat Koblet die Sennerei Henggart-Hünikon an. Dieß konstatirte der Vertreter des Graf mit Brief vom 3. Mai und setzte dem Koblet eine mit Ende der Woche ablaufende Frist an, um seinen Verpflichtungen nachzukommen, d. h. ihm die Uebernahme von Hütte und Milch zu ermöglichen, ansonst der Abtretungsvertrag als aufgehoben betrachtet und Koblet auf Schadenersatz belangt würde.

Auf diese letztere Aufforderung erfolgte keine Antwort und daraufhin leitete Graf die Schadenersatzklage ein, zu deren Begründung in der Hauptverhandlung angeführt wurde: Es handle sich um einen Abtretungsvertrag (Art. 183 des O.-R.). Durch diesen sei der Kläger in den Kaufvertrag des Beklagten mit der Gesellschaft in der Weise eingetreten, daß alle Rechte und Verpflichtungen aus demselben auf ihn übergegangen seien. Seine Rechtsstellung sei demzufolge eine doppelte. Vom Beklagten könne er verlangen, daß er das Kaufsobjekt *nicht* beziehe, sondern ihm, dem Kläger überlasse, was für die Gesellschaft vollständig gleichgültig sei (Art. 77 des O.-R.) und gegenüber der Genossenschaft sei er Käufer geworden mit allen Rechten und Verpflichtungen, welche früher dem Beklagten zugestanden haben. Da er bereit gewesen sei, den Verpflichtungen nachzukommen und jede Sicherstellung angeboten habe, so sei die Gesellschaft verpflichtet gewesen, ihn als Käufer anzunehmen. Die Verpflichtungen seien nicht persönlicher Natur gewesen, Alles habe nur davon abhängen können, ob für den Kaufpreis genügende Sicherheit offerirt werde und dieß sei geschehen, weßhalb sich der Beklagte überall nicht mehr hätte einmischen, sondern den Kläger einfach seine Rechte gegenüber der Genossenschaft hätte geltend machen lassen sollen. Statt dessen habe er die Milch selbst bezogen, also der Abtretung direkt zuwider gehandelt, und da er seinen Vertragspflichten auch auf die erfolgte Fristansetzung nicht nachgekommen sei, so habe der Kläger gemäß Art. 122 des O.-R. vom Vertrage zurücktreten können und sei er nach Art. 124 leg. cit. berechtigt, den Beklagten auf Schadenersatz zu belangen. Eine zu den Akten gebrachte Berechnung (Akt. No. 17) beweise, daß ihm ein Reingewinn von 6000 Fr. entgangen und er somit in diesem Betrage geschädigt worden sei.

Der Beklagte bestreitet die Klage im ganzen Umfange. Der „Abtretungsvertrag" falle nicht unter die Bestimmung des Art. 183 des O.-R., wonach eine Forderung ohne die Zustimmung des Schuldners abgetreten werden könne. Es handle sich vielmehr um den Eintritt in einen zweiseitigen Vertrag sowohl als Gläubiger, wie auch als Schuldner, also um eine Novation im Sinne von Art. 142 Ziff. 2 des O.-R., zu deren Perfection es der Einwilligung des Schuldners (hier der Sennhüttengenossenschaft) bedürfe. Eventuell sei die Genehmigung des Abtretungsvertrages durch die Sennhüttengesellschaft von den Parteien ausdrücklich ausbedungen worden und wenn dieß nicht angenommen würde, müßte gesagt werden, daß sich der Beklagte in einem wesentlichen Irrthum befunden habe, weil er davon ausgegangen sei, daß der Eintritt der Genehmigung zur Perfection des Vertrages unbedingt nothwendig sei. Weiter eventuell sei die Erfüllung des Abtretungsvertrages *ohne Verschulden des Beklagten*, nämlich dadurch unmöglich geworden, daß die Sennereigenossenschaft den Kläger mit Rücksicht auf seine ökonomische Leistungsunfähigkeit nicht habe anerkennen wollen und könne derselbe aus diesem Grunde für einen allfälligen Schaden nicht haftbar gemacht werden. Uebrigens sei ein solcher auch überall nicht eingetreten und eventuell werde das Quantitativ bestritten. In diesem Zusammenhang wird auf die unbe-

strittene Thatsache hingewiesen, daß der Kläger die Sennhütten von Buch a. I. und Altikon übernommen hat.

Entscheidungsgründe:

1. Zunächst kann, wenn man ganz allgemein die Natur des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes in Betracht zieht, gesagt werden, daß die Bezeichnung als Abtretungsvertrag, technisch aufgefaßt, im Sinne des Art. 183 des Obligationenrechtes eine unrichtige ist, sobald man annimmt, daß Graf mit befreiender Wirkung auch in die Verbindlichkeiten des Abtretenden eintreten sollte. Der genannte Artikel hat nur solche Schuldverhältnisse im Auge, wo Schuld und Forderungsrecht in der Weise sich gegenüberstehen, daß der eine Theil lediglich Gläubiger, der andere lediglich Schuldner ist, also nicht solche zweiseitige Schuldverpflichtungen, wo jeder Theil Gläubiger und Schuldner ist. Nur so aufgefaßt, hat der Artikel einen Sinn, wenn er bestimmt, daß der Gläubiger die ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten könne.

2. Im vorliegenden Falle kann es sich nur um den Eintritt in einen zweiseitigen Vertrag handeln, wenn man überhaupt annehmen will, daß der Kläger gegenüber der Sennereigenossenschaft Henggart an die Stelle des Beklagten treten sollte. Das Vertragsverhältniß war so, daß die Sennereigenossenschaft dem Beklagten ihre Milch lieferte, wogegen dieser einen bestimmten Preis zahlte und für die Erfüllung seiner Verpflichtungen als Abnehmer außerdem Bürgschaft leistete. Es handelte sich also im Wesentlichen um einen Kaufvertrag. Sollte der Kläger nun als Käufer in den Vertrag eintreten mit Befreiung des bisherigen Käufers, so konnte es sich nur um eine Neuerung durch Delegation handeln, im Sinne des Art. 142 Ziffer 2 des Obligationenrechtes, zu welcher es naturgemäß der Einwilligung des Gläubigers resp. des gegenüberstehenden Kontrahenten bedurfte. Daß es sich um eine solche Neuerung handelte, ist der Hauptstandpunkt des Beklagten, während der Kläger von der Auffassung ausgeht, es handle sich um eine Cession im Sinne des Art. 183.

Allerdings kann zugegeben werden, daß der Abtretung von Ansprüchen aus zweiseitigen Verträgen der Umstand, daß der Abtretende zu Gegenleistungen verpflichtet ist, nicht entgegen steht (s. Kommentar von Hafner zu Art. 183 des O.-R. Ziff. 4). Allein in solchem Falle verbleibt die Verpflichtung beim Abtretenden. Uebertragung der Verpflichtung mit befreiender Wirkung kann nur mit Einwilligung des Gläubigers geschehen. Art. 77 des Obl.-R. hat nur die Erfüllung als solche im Auge, die Verbindlichkeit an sich berührt er nicht.

3. Der Kläger stellt nun die Behauptung auf, daß die Sennereigenossenschaft verpflichtet gewesen sei, den Kläger als neuen Gläubiger und Schuldner, nämlich als Käufer anzunehmen, daß es sogar dem Kläger freigestanden hätte, gegen die Sennereigenossenschaft zu klagen, daß also der Kläger aus dem sogenannten Abtretungsvertrage auch ein Recht gegenüber der Genossenschaft erlangt habe, nämlich das Recht, als Käufer der Milch mit den entsprechenden Rechten und Verpflichtungen betrachtet zu werden. Damit gelangt man aber zum Begriffe der Novation. Das würde heißen, der Kläger habe ein Recht erwirkt gegenüber der Sennereigenossenschaft, von dieser die Novation zu erlangen. Eine solche Behauptung wäre nun aber in der That ein Unding. Ein solches Recht konnte der Kläger nur haben gegenüber seinem Mitkontrahenten, niemals gegenüber der Genossenschaft. Diese konnte ihre Gründe haben, die Novation zu verweigern, und es sind die Gründe wahrscheinlich zur Sprache gekommen, aber auch ohne die Nennung von Gründen konnte die Verweigerung stattfinden. Es stand der Genossenschaft frei, zu kontrahiren mit wem sie wollte, ein neuer Schuldner konnte ihr ohne ihre Einwilligung nicht aufgedrängt werden. Bei der Neuerung durch Delegation des Schuldners ist es allgemein anerkannter und gewiß richtiger Grundsatz, daß sie die Einwilligung des Gläubigers erfordert. Wäre das nicht der Fall, so wäre für den Gläubiger die Gefahr vorhanden, an Stelle des zahlungsfähigen Schuld-

ners einen zahlungsunfähigen zu erhalten. Aber auch wenn die Zahlungsfähigkeit gleichmäßig vorhanden wäre, so könnte der Richter den Gläubiger zur Novation nicht zwingen, denn ein solcher Zwang wäre in der That ein Eingriff in die Verkehrsfreiheit.

4. Da nun aktengemäß feststeht, daß die Sennereigenossenschaft ihre Genehmigung zu dem sog. Abtretungsvertrage nicht ertheilt hat, so kann es sich nur fragen, ob der Kläger gegenüber dem Beklagten ein Recht erlangt habe, sei es auf Lieferung der Milch oder auf Schadenersatz, und ob nicht die Genossenschaft die Erfüllung der Verpflichtungen von Seite des Graf als Stellvertreter des Koblet hätte annehmen und jenem hätte leisten müssen. Vom Parteistandpunkte des Klägers aus dürfte hier die Frage aufgeworfen werden, ob der sog. Abtretungsvertrag nicht eigentlich als Kaufvertrag zu betrachten sei, ob nicht der Beklagte dem Kläger zu dem im Vertrage mit der Sennereigenossenschaft feztgesetzten Kaufpreise die Milch habe abtreten wollen? Im bejahenden Falle wäre der Kläger Käufer gegenüber dem Beklagten, nicht aber gegenüber der Sennereigenossenschaft und der Beklagte bliebe nach wie vor gegenüber jener als Käufer verpflichtet, also würde auch seine Bürgschaft, welche mit dem Vertrage verbunden ist, nicht gegenstandslos.

Gegen diese Auffassung spricht aber der Umstand, daß der Beklagte in dem Abtretungsvertrage die Bedingung aufnahm, daß er die Milch abtrete „ohne Bürgschaft". Das will nichts anderes heißen und es wird auch von den Parteien nicht anders aufgefaßt, als daß sich der Beklagte gegenüber dem Kläger der Bürgschaft entbinden, also gegenüber der Genossenschaft als vollständig entlastet dastehen wollte. Der Kläger sollte für die Bürgschaft selber sorgen, weil er von nun an mit allen Rechten und Verpflichtungen an die Stelle des Beklagten treten sollte.

5. Von jener Auslegung ist demnach abzusehen und zum gleichen Widerspruche kommt man selbstverständlich, wenn man den Graf als Stellvertreter des Koblet betrachten will. Zudem sprechen dafür, daß die Genehmigung der Sennereigenossenschaft von beiden Parteien als nothwendige Bedingung für die Wirksamkeit des Vertrages angesehen wurde, drei Momente.

Schon aus dem Wortlaute des Vertrages, wonach Kläger in die Rechte und Verbindlichkeiten des Beklagten eintritt, sollte man eigentlich schließen können, daß auch er die Genehmigung der Sennereigenossenschaft als eine nothwendige Bedingung betrachtete, deren Nichteintritt den Vertrag hinfällig machen würde. Wenn er sich darüber nicht klar war, so war er im Rechtsirrthum, welcher bekanntlich nicht entschuldigt.

Nun liegt aber noch vor, daß Graf in der persönlichen Befragung zugibt, er habe es für selbstverständlich gehalten, daß man der Sennereigenossenschaft von dem Abtretungsvertrage Kenntniß gebe und es sei nach dem Vertragsabschlusse davon die Rede gewesen, daß man der Genossenschaft Anzeige machen wolle.

Bringt man damit in Verbindung den Brief des Koblet an ein Mitglied der Genossenschaft vom 12. April, welcher also vom Tage nach dem Vertragsabschlusse datirt ist und worin Koblet mit Bezug auf die stattgehabte Abtretung sagt: „Ich habe gefunden, daß dieß das Beste sei, beide Parteien wieder zu vereinigen, indem es der Gesellschaft jetzt freisteht, zu stimmen nach Belieben und Graf wäre dann auch entwaffnet und könnte mir keine Grobheiten mehr machen" — und am Schlusse: „wir wollen den Entscheid der Kommission und den Bauern überlassen" — so wird man zu der Ansicht kommen müssen, daß die Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses in Eidberg einig waren, man müsse den Vertrag der Sennereigenossenschaft zur Genehmigung vorlegen. Der Brief gibt offenbar in unbefangener Weise die beidseitige Meinung wieder; auf den Prozeß hin kann derselbe unmöglich geschrieben worden sein.

6. Es bleibt also nur noch die Frage übrig, ob der Beklagte die Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrages nicht verschuldet habe, in welchem Falle er für entstandenen Schaden aus Art. 145 und 110 des O.-R. ersatzpflichtig wäre oder ob nicht vielmehr die Erfüllung des Vertrages unverschuldeterweise an einem Umstande gescheitert ist, dessen

Eintritt von den Parteien als Voraussetzung für die Wirksamkeit desselben betrachtet wurde. So viel steht fest, daß der Kläger durch den Vertrag in die Rechte und Verbindlichkeiten des Beklagten hätte eintreten sollen. Wenn nun aber dieses Eintreten in die Rechte und Verbindlichkeiten des Käufers gegenüber der Sennereigenossenschaft von den Parteien abhängig gemacht worden ist von der Genehmigung seitens der Sennereigenossenschaft, so ist es selbstverständlich, daß den Beklagten keinerlei Ersatzpflicht trifft, wenn er die Nichtgenehmigung nicht verschuldet hat.

Für ein Verschulden des Beklagten irgend welcher Art mit Bezug auf die Vertragserfüllung liegt nun durchaus nichts vor. Es wird auch vom Kläger nicht behauptet, daß Koblet an der Nichtgenehmigung des Vertrages durch die Sennereigenossenschaft die Schuld trage. Der Kläger kann sich deßhalb nicht auf Vertragsbruch seitens des Beklagten berufen, woraus folgt, daß die Klage als unbegründet abzuweisen ist.

Schluss:

1. Die Klage ist abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr wird auf 120 Frkn. angesetzt.
3. Der Kläger hat die Kosten zu tragen.
4. Derselbe hat den Beklagten prozessualisch mit 80 Fr. zu entschädigen.
5. Mittheilung an die Parteien.

Oertliche Rechtsanwendung

mit Bezug auf das eheliche Güterrecht badischer Ehegatten in einem Erbschaftsprozess zwischen den Erben der verstorbenen Frau und dem überlebenden Ehemann.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 20. September 1887.)

Der von Ahausen, Großherzogthum Baden, gebürtige Georg Hund, gewesener Restaurateur zum Kindli in Zürich, wanderte nach der 1848ger Revolution aus und kam in die Schweiz, wo er sich zunächst in Frauenfeld, dann in Basel und seit 1859 in Zürich aufhielt. Im Jahre 1865 heirathete er die Elisabetha Traber von Thundorf, Kanton Thurgau. Der Eheabschluß fand in Zürich statt. Zunächst betrieben die Eheleute eine Wirthschaft im Sellnau, übernahmen dann die „Helvetia" in Außersihl und nach einem längern Unterbruch das Restaurant „zum Kindli" an der Strehlgasse in Zürich. Die Ehe Hund-Traber blieb kinderlos. In der Sylvesternacht des Jahres 1885 verstarb die Ehefrau Hund und es traten nun ihre in Thundorf, Kanton Thurgau, wohnhaften 6 Geschwister als gesetzliche Erben derselben auf und verlangten einerseits, daß als Verlassenschaft der Erblasserin Frau Hund die Hälfte des *gesammten* bei ihrem Tode vorhandenen *ehelichen Vermögens* erklärt, und anderseits, daß die so gebildete Verlassenschaft nach Maßgabe des zürcherischen Erbrechtes vertheilt werde. Die beiden Rechtsbegehren wurden gegenüber dem überlebenden Ehemann Georg Hund gestellt und das erste damit begründet, daß die Eheleute Hund als Badenser unter dem ehelichen Güterrecht des Großherzogthums Baden gestanden, also in Gütergemeinschaft gelebt haben. Ein Ehe- oder Heirathsvertrag sei von denselben nicht abgeschlossen und somit ihr Güterrecht durch das Gesetz, also im Sinne der Gütergemeinschaft geregelt worden (§ 1387 und 1401 des badischen Landrechtes). Eine Aenderung dieses ehelichen Güterrechtes sei dadurch nicht eingetreten, daß die Eheleute Hund immer in der Schweiz gelebt haben, das heimatliche Güterrecht müsse von den zürcherischen Gerichten gleichwohl angewendet werden, weil:

a. der § 3 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches bestimme: „Die Familienverhältnisse von Kantonsfremden, welche im Kanton wohnen, werden insofern nach dem Rechte ihrer Heimat beurtheilt, *als das Recht des Staates, dem sie angehören, solches vorschreibt*; — und

b. der § 3 Absatz 3 des badischen Landrechtes dieß wirklich vorschreibe, indem er sage: „Die Gesetze, welche den *Zustand* und die Rechtsfähigkeit der Personen bestimmen, erstrecken sich auf die *Inländer*

selbst alsdann, wenn sie im Auslande sich aufhalten.“

Für den Fall als angenommen würde, es haben die Eheleute Hund unter dem zürcherischen ehelichen Güterrecht gelebt, verlangten die Kläger, daß wenigstens das von der Erblasserin ihrem Ehemanne zugebrachte Weibergut als Verlassenschaft derselben erklärt werde. Das Begehren, daß die Vertheilung der einmal festgesetzten Verlassenschaft auf Grund des zürcherischen Erbrechtes, als der lex rei sitae angeordnet werde. wurde auf den § 6 des Staatsvertrages zwischen der Schweiz und dem Großherzogthum Baden betreffend die gegenseitigen Bedingungen über Freizügigkeit und weitere nachbarliche Verhältnisse vom 6. Dezember 1856 gestützt Diese Vertragsstelle lautet: Sollte unter denjenigen, welche auf die gleiche Verlassenschaft (eines Schweizers in Baden oder eines Badensers in der Schweiz) Anspruch machen, über die *Erbsberechtigung* Streit entstehen, so wird nach den Gesetzen und durch die Gerichte des Landes entschieden werden, in welchem das Eigenthum sich befindet.“

Der Beklagte wendete ein, daß das zwischen ihm und seiner verstorbenen Frau bestandene eheliche Güterrecht das zürcherische und nicht das badische gewesen sei, die behauptete Gütergemeinschaft also durchaus nicht vorgelegen habe, vielmehr alles errungene Vermögen ihm allein zugefallen sei, sodaß das Vermögen und die Verlassenschaft seiner Frau lediglich aus dem ihm bei der Verehelichung zugebrachten Weibergute bestehe. Die Anwendbarkeit des badischen ehelichen Güterrechtes auf den vorliegenden Fall sei schon deßhalb ausgeschlossen, weil der Eheabschluß nicht auf dem Gebiete des Großherzogthums Baden erfolgt sei. Wie das durch einen Heiraths- oder Ehevertrag Seitens eines Badensers begründete eheliche Güterrecht im Ausland nur Geltung habe, wenn jener Vertrag auf dem Territorium des Großherzogthums Baden abgeschlossen worden sei, so könne das subsidiär eintretende gesetzliche badische Güterrecht im Ausland nur dann angerufen werden, wenn der Eheabschluß auf dem Gebiete Badens erfolgt sei. Der § 3 Absatz 3 des badischen Landrechtes spreche ausdrücklich nur von *Inländern*, schreibe also die Anwendung der Gesetze, welche den Zustand einer Person bestimmen, auf Staatsangehörige Badens nur für so lange vor, als dieselben die Qualität von Inländern haben, die Erblasserin aber habe diese Eigenschaft zur Zeit ihres Todes längst nicht mehr gehabt, wofür auf § 17 Ziff. 3 des badischen Landrechtes verwiesen werde, welcher lautet:

„Man hört auf, Inländer zu sein:

3. durch jede Niederlassung in einem fremden Land, ohne die Absicht, zurückzukehren.“

Daß die Theilung des Nachlasses, soweit ein solcher überhaupt vorhanden sei, nach zürcherischem Erbrecht stattzufinden habe, werde anerkannt.

Beide Instanzen erklärten, dass die Eheleute Hund unter dem zürcherischen ehelichen Güterrecht gestanden haben, desshalb alles vorhandene Vermögen mit Ausnahme desjenigen, welches die Erblasserin ihrem Ehemann s. Z. zugebracht, als Vermögen des letztern betrachtet werden müsse und sich folglich auch nur jenes (das zugebrachte Weibergut) als Verlassenschaft der Frau Hund darstelle. Die zweitinstanzliche Begründung lautet:

1. Das erste Rechtsbegehren ist auf Feststellung der Verlassenschaft gerichtet und hier kommt nun allerdings wesentlich in Frage, ob die Eheleute Hund mit Hinsicht auf ihre vermögensrechtlichen Beziehungen zu einander unter badischem oder zürcherischem Rechte gestanden haben, da sich im einen oder andern Fall die Verlassenschaft der Frau Hund ganz anders, im erstern bedeutend größer gestaltet. Dagegen steht das zweite Rechtsbegehren, die Theilung des Nachlasses betreffend, ausschließlich unter der Herrschaft des zürcherischen Rechtes, worüber unter den Parteien kein Streit herrscht und was nach Art. 6 des Staatsvertrages zwischen der Schweiz und Baden vom 6. Dezember 1856 auch außer Zweifel steht,

2. Die Frage, ob die Eheleute Hund unter badischem oder zürcherischem Güterrecht gestanden haben, ist mit der ersten Instanz im

letztern Sinne zu beantworten. Das badische Landrecht (§ 1387) ordnet in Uebereinstimmung mit der französischen Rechtsauffassung die Regelung der ehelichen Güterverhältnisse in erster Linie dem Willen der Ehegatten unter und läßt die gesetzliche Norm nur dann als maßgebend eintreten, wenn eine vertragliche Vereinbarung nicht erzielt wurde. Insofern Badenser bei ihrer Verheirathung einen Ehevertrag abschließen, bildet derselbe für sie Recht, auch wenn sie nachher ins Ausland ziehen, sich daselbst niederlassen, vielleicht sogar noch dann, wenn sie der ursprünglichen Staatsangehörigheit verlustig gehen. Dafür, daß dieser Grundsatz im Großherzogthum Baden in Doctrin und Praxis allgemeine Gültigkeit und Anerkennung erlangt hat, kann lediglich auf die Erwägungen in Sachen Kopf ca. Kopf, Urtheil des zürcherischen Kassationsgerichtes vom 14. August 1882 und die daselbst angeführte Literatur verwiesen werden; ebenso geht aus diesem sowie aus einem im Rechenschaftsbericht des Obergerichtes vom Jahr 1883 unter No. 71 abgedruckten Entscheid hervor, daß in Anwendung des § 3 des P.-R. G.-B. demselben auch in der hierseitigen Rechtssprechung Rechnung getragen wurde. Nun liegen aber hier die Verhältnisse ganz Anders. Ein Ehevertrag wurde von den Eheleuten Hund nicht abgeschlossen, es ist daher davon nicht zu sprechen, daß durch den Willen der Ehegatten eine bleibende, vom Domizilwechsel unabhängige Regelung der ehelichen Güterverhältnisse geschaffen worden sei. Vielmehr liegt der Fall vor, wo auch nach Auffassung des badischen Rechtes die Norm des Gesetzes in Kraft tritt und es kann sich nur fragen, ob das badische Recht das heimatliche gesetzliche eheliche Güterrecht auch dann als maßgebend erkläre, wenn die Ehe nicht in der Heimat der Ehegatten, sondern im Ausland eingegangen wurde. Eine solche Vorschrift findet sich nun aber im badischen Landrecht nirgends. Dieselbe wäre in der That auch nicht wohl vereinbar mit dem Sinne dieses Gesetzes und mit der in Anlehnung an die französsiche auch in Baden herrschenden Rechtsauffassung über das eheliche Güterrecht. Offenbar hat das badische Landrecht (Art. 1387 u. f.) nur diejenigen Heirathsverträge im Auge, die auf dem Territorium des Großherzogthums Baden abgeschlossen werden, daher die für deren Gültigkeit speziell vorgeschriebene Form (Art. 1394). Es ist somit auch anzunehmen, daß sich die subsidiäre Geltung des gesetzlichen badischen Güterrechtes auf Ehen beschränkt, die zwar in Baden, jedoch ohne Ehevertrag abgeschlossen werden. Anderseits ist auch hier darauf aufmerksam zu machen, daß das badische Landrecht die Dispositionsbefugniß der Ehegatten an die Spitze stellt, denn daraus ergibt sich die Supposition, daß sich dieselben da, wo von jener Befugniß kein Gebrauch gemacht wird, dem Gesetze haben unterwerfen, das von diesem festgestellte Güterrecht als verbindlich haben erklären wollen uud diese Supposition vorausgesetzt, scheint es selbstverständlich, daß jeweilen die Unterwerfung unter dasjenige Gesetz beabsichtigt ist, welchem die Ehegatten in allen ihren übrigen rechtlichen Beziehungen unterstellt sind, d. h. unter das Gesetz ihres Domizils. Es ist vollends nicht ersichtlich, warum in einem Falle, wo wie hier, der Ehemann zur Zeit der Verehelichung bereits 17 Jahre außerhalb Baden gelebt und in allen übrigen privatrechtlichen Beziehungen unter der Herrschaft des Rechtes seines Wohnortes gestanden hatte, die Ehefrau aber vorher Schweizerin war, daran hätte gedacht werden wollen, das eheliche Güterrecht gerade vom badischen Gesetze, mit dem sonst keinerlei Beziehung vorhanden war, beherrschen zu lassen. Die oben geäußerte Rechtsanschauung findet übrigens ihre Bestätigung in der einschlägigen französischen Rechtsliteratur (vergleiche Zachariae, Handbuch des französischen Civilrechts III Seite 183 Note 3 und die dort angeführten Schriftsteller.

3. Gesetzt aber auch, man wollte die Möglichkeit der Anwendung badischen Güterrechts in concreto an sich zugestehen, so wäre immerhin noch zu untersuchen, ob das badische Landrecht dieselbe auch vorschreibt, weil das sonst maßgebende zürcherische Recht nach § 3 des privatrechtlichen Gesetzbuches nur unter dieser Voraussetzung cessirt. Das badische Landrecht enthält dießfalls keine

unbedingt zwingende Norm. Art. 3 Abs. 3 erklärt diejenigen Gesetze für den im Ausland befindlichen Inländer bindend, welche den *Zustand* und die Rechtsfähigkeit der Personen bestimmen. Zu diesen Gesetzen ist nun unzweifelhaft das Landrecht zu zählen, soweit dasselbe bestimmte Vorschriften über eheliches Güterrecht enthält. Den Zustand (état) einer Person betreffen gewiß auch die durch die Eheschließung begründeten Standesverhältnisse mit ihren vermögensrechtlichen Folgen. (Vergleiche Behagel, badisches Civilrecht Bd. I § 17.) Nun bestimmt aber das Badische Landrecht weiter, daß es nur gegenüber den im Auslande wohnhaften *Inländern* Geltung habe. Es kommt somit weiter in Frage, ob den Eheleuten Hund zur Zeit der Eheschließung bezw. später noch die rechtliche Eigenschaft von Inländern im Sinne des badischen Rechtes zugekommen sei. Nun ist aus dem Gesetze allerdings nicht deutlich zu ersehen, was dasselbe unter dem Ausdruck: „Inländer“ versteht und scheint nur so viel klar, daß die in Art. 8 demselben eingeräumten Befugnisse den Begriff nicht erschöpfen. Dagegen wird, — und das ist hier die Hauptsache, — genau gesagt, wann für den Badenser die Qualität eines Inländers verloren gehe. Speziell bestimmt Art. 17, Ziff. 3, daß dieß der Fall sei, wenn die Niederlassung im Auslande erfolge, ohne die Absicht, in die Heimat zurückzukehren. Wann das Vorhandensein dieser Absicht anzunehmen sei, wird allerdings im Gesetze wieder nicht gesagt und es sind hierüber verschiedene Auffassungen gedenkbar. Entweder fordert man einen Beweis dafür, daß dieselbe in bestimmter Weise ausdrücklich erklärt worden sei, sei es gegenüber einer Behörde oder sonst in klarem Willensausdruck. Dannzumal wäre hier, wo ein solcher Beweis nicht anerboten worden ist, der Verlust der Inländereigenschaft zum mindesten für die Zeit der Eheschließung nicht als festgestellt zu betrachten. Oder man läßt einen bezüglichen Schluß schon aus den allgemeinen Verhältnissen zu, welche in concreto dann allerdings entschieden für das Nichtvorhandensein der Absicht, zurückzukehren, wenn nicht schon im Zeitpunkt der Auswanderung, so doch unbedingt in demjenigen der Eheschließung sprechen würden. Möge es sich nun aber damit verhalten, wie immer, so steht unbedingt so viel fest, daß wenigstens zur Zeit des Todes der Erblasserin der Beklagte die Eigenschaft eines Inländers, d. h. das Requisit, von dem das badische Landrecht die Anwendung der heimatlichen Gesetze abhängig macht, nicht mehr besaß. Es ist jedoch, da es sich um Feststellung einer Verlassenschaft handelt, für die Frage, unter welchem Güterrecht die Ehegatten gestanden haben, gerade dieser Zeitpunkt von entscheidender Bedeutung. Art. 17 u. f. des badischen Landrechtes sind nämlich aufgehoben und ersetzt durch das Reichsgesetz vom 1. Juni 1870 über Erwerb und Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit, in Baden eingeführt unterm 1. Januar 1871. (Vergleiche Behagel a. a. O. § 26.) Speziell kommt hier der § 21 dieses Reichsgesetzes zur Anwendung, wonach die Staatsangehörigkeit verloren wird durch 10jährigen ununterbrochenen Aufenthalt im Auslande, wenn nicht die Eintragung in die Matrickel eines Bundeskonsuls erfolgt. Der Beklagte hat nun, wie nicht bestritten wurde, von 1871 an bis zum Tode seiner Frau nie mehr in Baden gewohnt und es ist auch nicht anzunehmen, daß derselbe durch Beobachtung der im Gesetze vorgesehenen Formalität dem Verlust der Staatsangehörigkeit vorgebeugt habe. Dieser war somit vor dem Tode der Erblasserin eingetreten und damit auch derjenige der Eigenschaft eines Inländers, von deren Besitz das badische Landrecht (Art. 3) die Anwendung des heimatlichen Güterrechts abhängig macht. Vorausgesetzt somit, es wäre letzteres selbst zur Zeit der Eheschließung noch maßgebend gewesen, so war dieß doch nicht mehr der Fall mit Ablauf der genannten gesetzlichen Frist von 10 Jahren, sondern es ist in diesem Zeitpunkt das Recht des Domizils zur Herrschaft gelangt, gleichviel, ob man diesen Wechsel als eine direkte Folge des Gesetzes auffaßt, oder auch hier die Supposition unterschiebt, es haben sich die Ehegatten beim Verluste ihrer Staatsangehörigkeit dem Rechte des Wohnortes unterwerfen wollen. Auch von diesem Gesichtspunkte aus wäre

die Anwendung badischen Rechtes ausgeschlossen.

4. Bei Anwendung zürcherischen Rechtes hinsichtlich der ehelichen Güterverhältnisse fällt für die Erbtheilung nur noch das von der Ehefrau zugebrachte Weibergut in Betracht und dieses besteht lediglich aus dem vom Beklagten einkassirten Spaarkassaguthaben.

Ort der Begehung bei Injurien mittelst Postkarten.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 22. September 1887.)

Zwei in Spaichingen (Königreich Württemberg) wohnhafte Schuhfabrikanten erhoben gegen einen in Winterthur domicilirten Kaufmann der nämlichen Branche beim dortigen Bezirksgericht Klage auf Verleumdung und Beschimpfung, begangen durch das Mittel von Briefen *und Postkarten.* Der Gerichtspräsident nahm die Klage an Hand, darüber beschwerte sich aber der Beklagte, indem er die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte zur Beurtheilung der angebrachten Klage bestritt und er siegte insoweit ob, als die Ehrverletzung in den den Klägern nach Spaichingen gesandten *verschlossenen* Briefen gefunden werden wollte, unterlag dagegen, soweit dieselbe aus dem Inhalt der Postkarten abgeleitet wurde, indeßen entschied das Obergericht die Competenzfrage in letzterer Richtung nicht definitiv, sondern erklärte einfach, die Verhältnisse liegen so, daß es sich nicht rechtfertige, dieselbe von *vornherein* im Sinne der Incompetenz der hiessigen Gerichte zu beantworten, daß es vielmehr angezeigt sei, die Frage durch das Gesammtgericht in seinem Endurtheil entscheiden zu lassen (siehe No. 13 dieser Blätter vom 15. Juli, pag. 204 und 205). Das Bezirksgericht Winterthur erklärte sich nun für competent, und entschied den Prozeß materiell, *die Appellationskammer dagegen fand die Incompetenzeinrede für begründet, weil kein nach dem zürcherischen Strafrecht zu beurtheilendes Vergehen vorliege* (§ 3 des priv. G.-B.) *und sprach desshalb den Beklagten hierorts von der Klage frei.*

Gründe:

1. Hierorts zu bestrafende Ehrverletzungen liegen gemäß § 3 des Strafgesetzbuches nur dann vor, wenn angenommen wird, es seien dieselben im Geltungsgebiete unseres Strafrechts, also im Gebiete des Kantons Zürich vollendet worden. An diesem Satze ändert der § 754 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege nichts, denn derselbe derogirt dem Art. 3 des Strafrechtes keineswegs und bezweckt lediglich die Ordnung des Verfahrens bezüglich der auf dem Gebiete des Kantons Zürich vollendeten Injurien (Sträuli, Commentar Zif. 4 zu § 754). Die erste Instanz hat deßhalb ihre Competenz mit Unrecht auf diese Gesetzesstelle gestützt.

2. Zur Vollendung des Vergehens der Ehrverletzung gehört nun nach übereinstimmender Ansicht fast aller deutschen Strafrechtslehrer, daß die injuriöse Aeußerung mit dem Willen des Thäters dem Beleidigten oder einem Dritten zur Kenntnis gelange (siehe Schwarze. Commentar, 4. Auflage, pag. 482, No. 9, Oppenhof, Strafrecht pag. 402, No. 12 und pag. 405, Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, zweite Auflage pag. 413.) Es ist somit zur Vollendung des Vergehens nicht erforderlich, daß der injuriöse Inhalt eines Missivs dem Adreßaten zur Kenntnis gebracht wird, vielmehr genügt es, wenn irgend ein Dritter hievon Kenntnis erhält. Aber diese Kenntnißnahme eines Dritten darf nicht präsumirt werden, sondern sie ist zu beweisen (siehe Liszt a. a. O. und Oppenhof pag. 402: „der Ort der Kenntnisnahme ist bei mittelst Postkarten begangener Beleidigung der Empfangsort, sofern nicht bewiesen werden kann, daß die Karte schon früher gelesen worden“). Eine Beleidigung ist demnach z. B. verübt durch Abgabe des injuriösen Munuscriptes an den Setzer, der beleidigenden Depesche an den Telegraphisten- denn diese Empfänger *müssen* in Folge ihrer Berufspflicht die Schriftstücke lesen (Schwarze, Commentar pag. 483, Anmerkung 1.) Anderer Ansicht ist im letztern Falle Schütze,

Lehrbuch, pag. 362, welcher Post- und Telegraphenbeamte nur als Maschinen betrachtet wissen will. Anders liegt dagegen die Sache bei offenen Missiven, welche der Post zur Beförderung übergeben werden. Hier wird zwar der Vorsatz der Bekanntgebung der Beleidigung stets anzunehmen sein, wenn sich der Thäter bei Abgabe der Karte der Möglichkeit einer Kenntnißnahme durch Dritte bewußt war. Zu diesem subjektiven Moment muß aber das objektive hinzutreten, es muß wirklich ein Dritter den injuriösen Inhalt lesen. Durch eine injuriöse Postkarte, welche ungelesen bei der Spedition durch die Post zu Grunde geht, wird z. B. nie eine Injurie zugefügt. Die Annahme, daß aber die Postbeamten alle oder gewisse offene Schreiben lesen, darf ohne hinreichende Anhaltspunkte bezüglich eines bestimmten Schriftstückes nicht aufgestellt werden und es ist dieselbe auch im Allgemeinen gewiß nicht begründet. Denn die Art und Weise, wie gerade in größeren Ortschaften die der Post übergebenen Briefe und Karten gesammelt und spedirt werden und die oft völlige Absorbirung der Postbeamten durch ihre mechanischen Verrichtungen spricht vielmehr dafür, daß die letztern in der Regel weder Lust noch Zeit haben, sich um den Inhalt der von ihnen zu spedirenden Postsachen zu kümmern. Eine Ausnahme von der Regel ist aber auch in Concreto nicht zu präsumiren, sondern zu beweisen. Nun bieten die Akten durchaus keinen Anhalt dafür, daß die eingeklagten Postkarten auf der Abgabestelle Winterthur oder sonst auf dem Gebiete des Kantons Zürich gelesen worden seien. Wenn dieß aber nicht der Fall ist, so konnte der Inhalt dieser Postkarten erst in Deutschland Dritten oder dem Adreßaten zur Kenntniß gelangen. In diesem Falle ist aber das Vergehen im Auslande verübt und der hießige Richter zu dessen Beurtheilung nicht competent. Es ist deßhalb der Angeklagte hierorts freizusprechen.

Anmerkung der Redaktion. Im gleichen Sinne wurde unterm 29. Oktober 1887 entschieden. Hier handelte es sich um die Ehrverletzungsklage eines in Leipzig wohnenden Kaufmanns gegen einen in Zürich domicilirten Agenten wegen des Inhalts einer vom 3. Juni datirten, „an den Verein Creditreform, Georgenstraße 2 in Leipzig“ gerichteten Postkarte. Die Anhandnahme der Klage wurde verweigert und speziell auch nicht auf das eventuell gestellte Begehren eingetreten, daß dem Kläger Frist angesetzt werde, um eine Erklärung der zuständigen Behörde in Leipzig dafür beizubringen, daß die Bestrafung des Beklagten durch die Zürcher Gerichte gefordert werde (§ 3 lit. c. des St.-G.-B.). Denn: — wird dießfalls ausgeführt — nach lit. c. des § 3 legis cit. kann das Vergehen hier überhaupt nicht verfolgt werden, weil wir es hier weder mit einem Vergehen zu thun haben, für welches die Auslieferung gewährt ist, noch überhaupt mit einem Officialdelikt, dessen Verfolgung eine auswärtige Behörde hierorts verlangen könnte.

Es wird also hier angenommen, daß die citirte Gesetzesbestimmung nur Anwendung finden könne, wenn es sich um ein Vergehen handle, bezüglich dessen eine Auslieferung an sich zulässig sei, aber gegen die Bereiterklärung, den Beklagten auf Verlangen selbst beurtheilen zu wollen, abgelehnt werden könne.

Ein Fall von Culpa in contrahendo.

Unterschied zwischen derselben und anderweitiger ausserkontraktlicher Culpa hinsichtlich der Frage der Schadenersatzpflicht. (Art. 23 und 51 des O.R.)

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 3. September 1887, in Sachen Meyer ca. Kläusli.)

Die Eigenthümerin eines Waldgrundstückes verkaufte das auf diesem stehende Holz zum Abschlag. Nachdem der letztere stattgefunden hatte, reklamirte sie, daß derselbe viel zu weit ausgedehnt worden sei, weil der Käufer nicht nur das Holz ab dem Grundstück *oberhalb des vorhandenen Flurweges*, (ca. $1^1/_2$ Vierling groß), sondern auch das Holz ab dem Grundstück *unterhalb* des

Flurweges (ca. 1 Vierling groß) abgeschlagen habe, währenddem ihm nur das Erstere verkauft worden sei. Der Käufer bestritt diese Behauptung und machte geltend, daß er das Holz ab dem *ganzen* Grundstück, bestehend aus den zwei durch den Flurweg getrennten Theilen gekauft habe, der erst- und zweitinstanzliche Richter nahm aber an, daß ein Kauf wegen Irrthums der Contrahenten über den Kaufsgegenstand überhaupt nicht zu Stande gekommen sei, weil die Verkäuferin um den festgesetzten Preis von 350 Fr. nur das Holz ab dem obern Theile ihres Grundstückes habe verkaufen wollen, währenddem der Käufer im Glauben gestanden habe, er kaufe das Holz ab dem *ganzen*, also auch ab dem untern Theile des Grundstückes. Die Folge dieser Auffassung war die Verurtheilung des Beklagten, der Klägerin den Werth des gesammten, von ihm ohne rechtmäßigen Grund bezogenen Holzes zu ersetzen (Art. 70 des O.-R.). Die letztere verlangte nun aber auch noch Vergütung des ihr durch den Holzabschlag auf der untern Parzelle erwachsenen *forstwirthschaftlichen* Schadens, welcher vom Gerichtsexperten auf 45 Frkn. taxirt worden war, und die erste Instanz sprach ihr die Hälfte dieses Betrages mit 22 Fr. 50 Rp. zu, davon ausgehend, daß es sich hier um einen durch unerlaubte Handlung zugefügten Schaden handle, bei welcher indeß der Beschädigten (Klägerin) ein gleich großes Verschulden zur Last falle, wie dem Schädiger (Beklagten), sodaß sich in Anwendung des Art. 51 des O.-R. eine Theilung des Schadens rechtfertige. Die Appellationskammer des Obergerichtes dagegen war anderer Ansicht, sie verwarf den dießfälligeu Anspruch der Klägerin vollständig.

Gründe:

1. Den Anspruch auf Vergütung des ihr durch den Holzabschlag auf der untern Parzelle entstandenen Schadens von 45 Frkn. kann die Klägerin nur auf Art. 50 des O.-R. stützen, denn der Beklagte ist um diesen Betrag nicht bereichert und ein kontraktliches Verhältniß zwischen den Parteien besteht nicht.

2. Dolus des Beklagten kann, nachdem der von der Klägerin geltend gemachte Kaufvertrag wegen Irrthums des Beklagten über das Kaufsobjekt ungültig erklärt worden ist, nicht angenommen werden, der Rechtsgrund seiner Schadenersatzpflicht müßte daher Fahrlässigkeit sein und diese könnte nur darin gefunden werden, daß sein Irrthum als durch seine Fahrlässigkeit verursacht betrachtet würde. Die Fahrlässigkeit wäre daher eine solche im Sinne von Art. 23 des O.-R., eine sogenannte Culpa in contrahendo. Dann fällt aber seine Haftpflicht für den Schaden deßhalb weg, weil die Klägerin, welche den Kaufvertrag in ihrer Wohnung abgeschlossen hat, ohne vorher selbst mit dem Beklagten das Kaufsobjekt zu besichtigen und ohne, — wie dieß wenigstens angenommen werden muß, dasselbe genau genug zu bezeichnen, es ihrer eigenen Fahrlässigkeit zuschreiben muß, wenn sie den Irrthum des Beklagten nicht gekannt hat. Der vollständige Ausschluß der Schadenersatzklage wegen eines solchen Mitverschuldens der Geschädigten ist allerdings eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze des Art. 51, Absatz 1, nach welchem es in das Ermessen des Richters gesetzt ist, bei Mitverschulden der Betheiligten die Schadensersatzpflicht zu ermäßigen oder gänzlich von derselben zu entbinden; allein durch die spezielle Vorschrift des Art. 23 wird eben bezüglich der sogeannten culpa in contrahendo jene allgemeine Vorschrift in der Weise abgeändert, daß der Richter hier nicht mehr sein freies Ermessen walten lassen darf, sondern die Kläge gänzlich abweisen muß, sobald auf Seite des Beschädigten ein Mitverschulden der bezeichneten Art vorliegt. Der Schadenersatzanspruch der Klägerin ist daher gänzlich zu verwerfen.

Anderweitige Auszüge
aus Urtheilen der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

I.

Privatrechtliche Verpflichtung zum Bau und Unterhalt eines öffentlichen Werkes. Veränderung derselben wegen

Vermehrung der Last in Folge späterer öffentlich rechtlicher Vorschriften.

Die Gemeinde Bauma übernahm im Jahre 1872 anläßlich der Bereinigung ihres Grundprotokolls die Bau- und Unterhaltungspflicht eines Steges über die Töß gegen Bezahlung einer Looskaufssumme Seitens der früher hiezu verpflichteten Privaten. Der über diesen Steg führende Weg war schon längst ein öffentlicher. In Eolge der auf Grund des Flußkorrektionsgesetzes vom Jahre 1876 ausgeführten Tößkorrektion wurde das Tößbett erweitert, was zur Folge hatte, daß auch der fragliche Steg mehr als die doppelte Länge erhielt und außerdem in ganz anderer, erhebliche Mehrkosten verursachender Construktion hergestellt werden mußte, da das Flußkorrektionsgesetz die Anbringung von Jochen im innern Flußbett verbietet.

Die Gemeinde Bauma verlangte nun von der Gemeinde Wyla, welche auf der andern Seite der Töß Anstößerin an den fraglichen Steg ist, daß ihre privatrechtliche Verpflichtung zum Bau und Unterhalt des fraglichen Steges lediglich auf Grundlage des § 10 des Straßengesetzes von 1870 zu bemessen sei, daß also alle Mehrkosten, welche die Tößkorrektion und das Flußkorrektionsgesetz nach sich ziehen, gemäß öffentlich rechtlichen Grundsätzen zu gleichen Theilen auf die beiden an den Fluß anstoßenden Gemeinden vertheilt werden. Dieses Rechtsbegehren wurde gutgeheißen, weil der Inhalt der von Bauma übernommenen privatrechtlichen Verpflichtung nicht der sei, auch alle und jede, durch spätere öffentlich rechtliche Vorschriften bewirkten Mehrkosten zu tragen, sondern im Gegentheil, weil der Staat einen ganz andern Zustand geschaffen habe, der erhebliche Mehrkosten für den Bau und Unterhalt des fraglichen Steges nach sich ziehe, diese Mehrkosten auch nach öffentlich rechtlichen Grundsätzen, also je zur Hälfte auf die beiden Gemeinden zu vertheilen seien. In Folge dessen verwandle sich die frühere alleinige Bau- und Unterhaltungspflicht von Bauma in die Verpflichtung eines zum Voraus zu leistenden Beitrages an die Kosten des gemeinsamen Werkes, welche Beitragspflicht am besten nach der in § 10 des Straßengesetzes eingeräumten Fakultät mittelst einer Kapitalsumme losgekauft werde (4. Juni 1887.)

II.

Übertragung der Haftpflicht des Staates für Schaden, welcher Jemandem aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt zugefügt wird (§ 1855 des P.-R. G.-B.) auf die Erwerber von Wasserrechtsconcessionen.

In Folge der durch das eidgenössische Fabrikgesetz vorgeschriebenen Reduktion der Arbeitszeit bewirkten die sämmtlichen, das Wasser des Aabaches benutzenden Fabrikanten die Aenderung ihrer Wasserrechtsconcessionen in dem Sinne, daß der Abfluß des Wassers von nun an so regulirt wird, daß man dasselbe während der ganzen Zeit, wo nicht gearbeitet werden darf, in Weihern aufspeichert. *Sie erhielten die neuen Wasserrechtskoncessionen in der Meinung, dass sie für alle Schadenersatzansprüche, welche Dritte desswegen zu stellen berechtigt sein sollten, aufzukommen haben.* Ein Müller, der dem Fabrikgesetz bezüglich der Reduktion der Arbeit nicht unterliegt, fühlte sich dadurch in seinen Rechten verletzt. Derselbe wies nach, daß der durch die neuen Concessionen veränderte Wasserzufluß seinen Betrieb erheblich schädige und daß die Veränderung seines Wasserwerkes, um dasselbe dem kürzere Zeit dauernden, vermehrten Wasserzufluß anzupassen, einen Kostenaufwand von 7300 Fr. erfordere. Er forderte diesen Betrag *von den Fabrikanten* als Schadenersatz und es wurde ihm derselbe auch in Anwendung des § 1855 des P.-R. G.-B. zugesprochen. In den Erwägungen wurde ausgeführt, daß die Nachtheile, welche aus den Bestimmungen des Fabrikgesetzes über die Reduktion der Arbeit entstehen, von denjenigen getragen werden müssen, welchen das Gesetz die bezüglichen Verpflichtungen auferlegt und nicht auf Dritte übergewälzt werden dürfen, welche nicht unter dem Fabrikgesetze stehen. (7. Juni 1887.)

III.

Der gute Glaube des Erwerbers von beweglichen Sachen als Voraussetzung für den Untergang dinglicher Rechte Dritter an denselben. (Artikel 205, Schlusssatz des O.-R.)

Ein Vater verpachtete seinen landwirthschaftlichen Gewerb den Söhnen und übergab ihnen beim Pachtantritt auch ein gewisses Quantum Heu und Emd. Gegen Ende der Pacht wurde bei den Pächtern ein gleiches Quantum Heu und Emd zu Gunsten eines Dritten gerichtlich eingepfändet, von den Pächtern aber nach der unmittelbar erfolgten Vertragsauflösung dem Verpächter gleichwohl zurückgegeben. Der hierauf zwischen dem letztern und dem Pfandansprecher über die Frage der Gültigkeit des Pfandrechtes ausgebrochene Streit wurde im Sinne der Aufrechterhaltung des Pfandrechtes entschieden und dabei gesagt:

Nach Pachtvertrag und Gesetz bestund für den Kläger ein obligatorischer Anspruch auf Rückübertragung der seiner Zeit den Söhnen übergebenen Heu- und Emdvorräthe im Zeitpunkte der Beendigung des Pachtes. (Art. 317 und 318 des Obl.-R.) Dieser Anspruch ist realisirt und der Kläger gemäß Art. 205 des O.-R. wieder Eigenthümer des auf den Pachtobjekten befindlichen Heu- und Emdvorrathes geworden, wenn er sich zur Zeit des Erwerbes im guten Glauben befunden hat. Dieß war nun aber nicht der Fall. Die Verhältnisse sind hier der Art, daß beim Kläger eine genaue Kenntniß der ökonomischen Lage seiner Söhne vorausgesetzt werden darf und unter allen Umständen ist zu sagen, daß sich jener auf seinen guten Glauben nur dann berufen könnte, wenn eine in dieser Beziehung angestellte sorgfältige Prüfung nicht zu der Erkenntniß geführt hätte, daß den Söhnen kein unbelastetes Eigenthum mehr zustehe. Es ist der Ausführung in Wintscheid, Pandekten, § 176, Note 3, beizupflichten, daß für das Vorhandensein des guten Glaubens eine positive Ueberzeugung, daß sich etwas so und nicht anders verhalte, verlangt werden muß und es keineswegs genügt, die bloße Abwesenheit der Ueberzeugung des Unrechts darzuthun, jene hätte aber nur durch die genaue Untersuchung der einschlägigen Verhältnisse gewonnen werden können und wäre dann unzweifelhaft eine andere geworden als diejenige, welche nun der Kläger als vorhandan anzugeben beliebt. (6. Sepember 1887.)

IV.

Zeitpunkt des Erlöschens eines gerichtlichen Pfandrechtes in Folge Einleitung der hohen Schuldbetreibung.

Die Frage, *mit welchem Moment* das Begehren um Erhebung des hohen Rechtstriebes das Erlöschen eines früher gegen den Schuldner erworbenen gerichtlichen Pfandrechtes bewirke, (siehe § 109 des Schuldbetreibungsgesetzes), ob mit der Abgabe des Begehrens oder einem spätern Moment, ist dahin beantwortet worden:

Jedenfalls kommt der Moment der *Mittheilung* an den Schuldner, d. h. der Anlegung der Warnung nicht in Betracht, weil alle übrigen Folgen der hohen Schuldbetreibung schon mit der *Ausfertigung* der Warnung eintreten. Mit diesen andern Folgen steht aber der Verzicht auf das Pfandrecht in engem Zusammenhang. Der gesetzlich angenommene Verzicht auf das Pfandrecht bildet gewissermaßen den Gegenwerth der dem Gläubiger durch § 113 des Schuldbetreibungsgesetzes eingeräumten Sicherheiten. Der Verzicht kann daher nur als ein durch das Eintreten der Folgen des § 113 bedingter angesehen werden, sodaß das Erlöschen des Pfandrechts gleichzeitig mit dem Erwerb jener Sicherheiten der hohen Schuldbetreibung eintritt. Dem entsprechend hat denn auch die Gerichtspraxis das Wiederaufleben der Pfandrechte in den Fällen angenommen, in denen die hohe Betreibung vom Gerichtspräsidenten als unstatthaft aufgehoben wurde, welche Annahme sich nicht vertragen würde mit der Auffassung des Verzichts als eines unbedingten und sofort wirksamen. (8. Juli 1887.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Dezember 1887. VI. Band. № 22.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

der

Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

vom 5. November 1887

in Sachen

der Kinder des verstorbenen *Arnold Hiestand* von Richtersweil, Kläger und Appellanten,

gegen

die schweizerische Nordostbahngesellschaft in Zürich, Beklagte und Appellatin,

betr. Haftpflicht aus Eisenbahnbetrieb.

Die Nichterfüllung bahnpolizeilicher Verpflichtungen Seitens der Eisenbahn als Mitverschulden am Unfalle. — Haftpflicht der Eisenbahnen für die Folgen schuldhaften Nichtschließens der Barrieren von *Privat*übergängen Seitens der dazu verpflichteten Inhaber dieser Uebergänge.

Streitfrage:

Ist der Beklagte nicht verpflichtet, den Kindern des verstorbenen Arnold Hiestand entweder:

a. die Summe von 500 Fr. jährlich bis zum zurückgelegten 16. Altersjahr je des betreffenden Kindes, oder

b. eine einmalige Entschädigung von 5000 Fr. zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Etwas unterhalb des Dorfes Richtersweil (zürichwärts) befindet sich die Gerberei des August Ryffel. Zwei dem Ryffel gehörende Häuser liegen rechts der Eisenbahnlinie Zürich-Rappersweil (also berghalb) und links von derselben, (also seehalb) befindet sich ein Schopf des Ryffel mit davor befindlichem Hofraum. Vom Dorfe her führt ein wenige Meter breiter Fahrweg zu den beiden Häusern Ryffels und der Bahnlinie. An diesen schließt sich ein à niveau liegender Uebergang über die Bahn an, der seewärts einfach auf den Hofraum vor dem Ryffelschen Schopf geht, von welchem man aber allerdings auch zu einem in der Nähe befindlichen Ländegraben gelangen kann. Zu jeder Seite des Ueberganges befindet sich eine Barriere und in der Nähe der rechtseitigen, bergwärts angebrachten Barriere eine Warnungstafel. Die Eisenbahnlinie ist sowohl in der Richtung nach Zürich als in derjenigen nach Richtersweil vom Uebergang aus je auf eine Länge von ungefähr 300 Meter ganz gerade, sodaß man einen ankommenden Eisenbahnzug schon einige Schritte vor der Barriere noch auf jene Entfernung sehen kann. Dagegen ist das

Geräusch, welches der Betrieb der Ryffelschen Gerberei verursacht, ebenso groß wie das Geräusch eines ankommenden Eisenbahnzuges.

Bezüglich der Entstehung des erwähnten Ueberganges bei der Ryffelschen Gerberei ergibt sich aus den Akten folgendes:

Anläßlich des Baues der linksufrigen Zürichseebahn kaufte die Nordostbahn von Ryffel 12,800 Quadratfuß Land nebst einem Wohnhaus und Rindenschopf und es enthält nun der bezügliche vom 9. März 1874 datirte Kaufvertrag unter Anderm folgende Bestimmung: „Die Käuferin erstellt an der Stelle, wo der oben erkaufte Rindenschopf sich befindet, eine Ueberfahrt über die Bahn und gestattet dem Verkäufer zur Bewerbung seiner Gebäulichkeiten sammt Ausgelände das Fuß- und Fahrwegrecht über dieselbe." Am 18. November 1880 fand die notarialische Zufertigung der sämmtlichen von der Nordostbahn anläßlich des Bahnbaues gemachten Landerwerbungen an die letztere statt und es ist nun in dem betreffenden Protokolleintrag unter Anderm auch gesagt: „Darauf haften Grunddienstbarkeiten":

21. „Ueber die Ueberfahrt bei Kilometer 27 + 081 gestattet die Nordostbahn dem Herrn August Ryffel, Gerber am Horn, zur Bewerbung seiner Liegenschaften am Horn Fuß- und Fahrwegrecht."

23. „Ueber die Ueberfahrt bei Kilometer 27 + 081 hat Herr Rudolf Hofmann, Grundbesitzer am Horn, Fuß- und Fahrwegrecht zum Zwecke der Ausübung des ihm laut Protokoll zustehenden Fahrweg- und Ein- und Ausladungsrechtes über das, resp. bei dem Eigenthum des Herrn August Ryffel."

Bis circa im August oder vielleicht auch gegen Ende 1885 wurden die Barrieren beim besprochenen Uebergang regelmäßig durch Angestellte der Nordostbahn bedient und zwar bestand diese Bedienung, wie man schließen muß, darin, daß die Barrieren gleich wie diejenigen öffentlicher Uebergänge jeweilen unmittelbar vor der Ankunft eines Zuges geschlossen und nachher wieder geöffnet wurden. Eines Tages, in der zweiten Hälfte des Jahres 1885, erklärte nun aber der Adjunkt des Oberingenieurs, Herr Bösch, dem Bahnmeister Rudolf Meier, daß die fraglichen Barrieren nicht mehr bedient werden dürfen, weil der betreffende Uebergang ein *Privat*übergang sei und als solcher von dem Berechtigten Ryffel geschlossen und geöffnet werden müße.

Zur Ertheilung dieser Weisung wurde Herr Bösch veranlaßt durch die in Art. 3 des Bundesgesetzes vom 18. Februar 1878 betreffend Handhabung der Bahnpolizei enthaltene Bestimmung: *„Die Barrieren von Privatübergängen für Fuhrwerke und Fussgänger sind in der Regel geschlossen und werden von den Berechtigten zur Benutzung des Uebergangs unter eigener Verantwortlichkeit geöffnet und wieder geschlossen."* Der Bahnmeister Meier theilte die erhaltene Weisung dem Bahnwärter Rysler mit, welcher die Barrieren bisanhin bedient hatte, mit der Weisung, auch den Herrn Ryffel davon in Kenntniß zu setzen. Rysler that dieß mit dem Bemerken, er werde die Barrieren nunmehr schließen und fortan nicht mehr öffnen, erhielt aber zur Antwort, daß er, Ryffel, dieselben sofort wieder öffnen und durchaus nicht bedienen werde, weil der Uebergang nicht ihm allein, sondern auch verschiedenen Ländeberechtigten diene und daß er übrigens eine bezügliche Zuschrift der Nordostbahn erwarte. Bahnmeister Meier bezeugt, der Bahnwärter Rysler habe ihm gegenüber die Ansicht ausgesprochen, es sollte die Eröffnung an Herrn Ryffel noch auf amtlichem Wege stattfinden und er will diese Ansicht seinerseits hinwiederum dem Herrn Bösch, Adjunkten des Oberingenieurs, mitgetheilt, von demselben aber die Antwort erhalten haben: „Wenn die Gesetze nichts nützen, so brauchen wir sie auch nicht." Genug, eine schriftliche Anzeige an Ryffel erfolgte nicht, der mündlichen aber schenkte er keine Beachtung und da der Bahnwärter sich um die fraglichen Barrieren nicht mehr bekümmerte, so blieben sie von nun an ständig, also auch beim Passiren der Züge, offen. Am 23. Dezember 1885 reklamirte das Inspektorat des Schweizerischen Eisenbahndepartements bei der Nordostbahn, daß die fraglichen Barrieren während der Durchfahrt des Personenzuges 53 nicht geschlossen gewesen seien, die letztere

antwortete indessen mit Zuschrift vom 30. Dezember, daß der betreffende Uebergang ein Privatübergang des Herrn Ryffel sei, welcher die Barrieren laut Art. 3 des Bahnpolizeigesetzes unter eigener Verantwortlichkeit zu öffnen und zu schließen habe. Dabei blieb es und die Barrieren wurden nicht geschlossen.

Im Sommer 1886 hatte Gerber Ryffel einem Leuthold in Richtersweil die Verfertigung sogenannter Lohstöckli verakkordirt und dieser engagirte seinerseits für die betreffende Arbeit den 36 Jahre alten Arnold Hiestand, von dem Dr. Esslinger in Richtersweil sagt, er sei ein etwas beschränkter und unbeholfener, wahrscheinlich auch übelhöriger Mensch gewesen und von dem Dr. Landis bezeugt:

1. daß er in seiner Jugendzeit an beiden Augen mit dem grauen Staar behaftet gewesen;
2. daß er am 27. Oktober 1860 am *linken* Auge operirt und dadurch dessen Sehvermögen wieder soweit hergestellt worden sei, daß er seine Arbeiten besser habe verrichten können; — und
3. daß derselbe bezüglich des rechten, nicht operirten Auges zeitlebens nahezu blind geblieben sei.

Dieser Arnold Hiestand kam am Morgen des *11. August 1886* in die Ryffelsche Gerberei, um im Auftrag seines Arbeitgebers Leuthold Lohstöckli anzufertigen. Er brauchte einen Stoßkarren, dieser befand sich in dem seewärts der Bahnlinie gelegenen Ryffelschen Schopf und Hiestand verfügte sich deßhalb dorthin, nahm den Stoßkarren und fuhr damit, um wieder auf die rechte, bergshalb liegende Seite der Bahnlinie zu gelangen, dem mehrerwähnten, auch damals offen gewesenen Ryffelschen Uebergang zu. Auf der Mitte der Bahnlinie angelangt, wurde er jedoch von dem Zürcherzuge No. 151, welcher 8 Uhr 36 Min. in Richtersweil eintreffen muß, überfahren und der Art verletzt, daß nach zwei Stunden der Tod erfolgte. Der Augenzeuge des Unfalls, Joseph Nardon, Knecht bei Gerber Ryffel, deponirte über den Hergang: Er habe dem Hiestand, als derselbe im Begriffe gewesen, mit dem Stoßkarren der Bahn zuzufahren, bemerkt, daß er noch warten müsse, weil der Zug komme. „Hiestand gab mir keine Antwort, weßhalb ich annahm, er werde nur bis zur Barriere gehen und dort warten; er überschritt aber die Bahnlinie. Als er bereits auf der Mitte des Bahnkörpers war, rief ich ihm laut zu: Halt, Halt. Hiestand kehrte sich nach mir um und wollte mit dem Stoßkarren zurückkommen, wurde aber vom Zuge erfaßt und ca. 15—20 Meter geschleift. Wäre er, statt mit dem Stoßkarren zu kehren, in der Absicht zurückzukehren, vorwärts gegangen, so wäre er gerettet gewesen."

Der Lokomotivführer Borel erklärte, daß, weil Hiestand die Bahn *von der Seeseite* her und zwar nach Aussage des Heizers bloß 2 Wagenlängen vor dem Zug betreten habe, sein Standort aber auf der *rechten* Seite der Lokomotive sei, er denselben nicht habe beobachten können, er habe nichts gesehen, als daß die Maschine einen Karren übers Geleise hinausgeworfen und im gleichen Momente vom Heizer erfahren, daß ein Mann überfahren worden sei. Unmittelbar vor dem Unfall habe er das Stationssignal gegeben, welches dem Verunglückten als Warnung habe dienen können. Auch wenn er den letztern beim Betreten des Geleises gesehen hätte, so wäre doch auf so kurze Distanz ein rechtzeitiges Anhalten des Zuges und damit Verhüten des Unglückes unmöglich gewesen.

Am 11. Oktober 1886 wurde die über den Fall eingeleitete Strafuntersuchung mit der Begründung sistirt, daß der Unglücksfall, welcher den Tod des Hiestand herbeigeführt habe, nicht einem strafbaren Verschulden bestimmter Personen, sondern einer Reihe zufälliger Verumständungen zuzuschreiben sei.

Mit Zuschrift vom 13. September 1886 lud das schweizerische Eisenbahndepartement die Nordostbahn ein, bezüglich des Bahnüberganges bei Ryffel den ehevorigen Zustand wieder herzustellen, d. h. unverzüglich die Wiederaufnahme der Ueberwachung und Bedienung desselben durch die Angestellten der Bahnunternehmung anzuordnen und davon, daß dieß geschehen, dem Departement Mittheilung zu machen. Dabei ist bemerkt: „Die Frage, ob Gerber Ryffel verbunden sei, die Bedienung der Barrieren zu besorgen, ist

vorbehalten, es steht Ihnen frei, denselben auf Erfüllung einer allfälligen Verpflichtung zu belangen." Darauf antwortete die Nordostbahn mit Zuschrift vom 22. Septbr. 1886:

1. daß der in Frage stehende Bahnübergang unbestrittenermaßen ein Privatübergang sei;

2. daß die Barrieren von Privatübergängen nach Vorschrift von Art. 3 Abs. 2 des Bahnpolizeigesetzes in der Regel geschlossen seien und *von den Berechtigten* zur Benutzung des Ueberganges unter eigener Verantwortlichkeit geöffnet und wieder geschlossen werden müssen;

3. daß hienach die Verpflichtung Ryffels zur Bedienung der Barrieren nicht eine privatrechtliche sei, auf deren Erfüllung die Nordostbbhn denselben belangen könnte, sondern rein polizeilichen Charakter habe, die Handhabung polizeigesetzlicher Bestimmungen aber den Polizeibehörden obliege, weßhalb beantragt werde, daß das Eisenbahndepartement dem Gerber Ryffel und Genossen durch das Statthalteramt Horgen anbefehlen lasse, die Barrieren nach Vorschrift der zitirten Gesetzesbestimmung zu bedienen, unter der Androhung, daß sonst der Uebergang polizeilich abgespeert und dessen fernere Benutzung untersagt werde; — und

4. daß nun zwar vorläufig die Wiederbedienung der Barrieren durch den Bahnwärter angeordnet worden, dieß aber lediglich geschehen sei, um nicht ohne zwingende Gründe eine bestimmte Weisung unbefolgt zu lassen und sich die Nordostbahn davor verwahre, daß aus diesem Umstand die Anerkennung einer bezüglichen Verpflichtung abgeleitet werde, vielmehr die bestimmte Hoffnung ausspreche, daß das Eisenbahndepartement im Sinne der gemachten Ausführungen den zürcherischen Behörden Weisung zugehen lassen werde.

Das Eisenbahndepartement beharrte mit Zuschrift vom 30. Oktober 1886 auf dem Verlangen, daß die Nordostbahn die Bedienung der fraglichen Barrieren besorge und zwar, wie bemerkt wird, so lange, bis sie einen andern Verpflichteten gefunden habe. Es sei durchaus nicht anerkannt, sondern bestritten, daß der fragliche Uebergang ein Privatübergang sei und ein Streit darüber betrachte das Departement allerdings als dem Civilrecht angehörend, der zwischen der Nordostbahn und dem von ihr behaupteten Verpflichteten auszufechten sei. Ueberdem betrachte es das Eisenbahndepartement nicht als seine Aufgabe, die Oeffnung und Schließung der Barrieren der Privatübergänge durch die Berechtigten zu überwachen. Wenn die Bahnverwaltung einen Privatübergang gestatte, so soll sie auch die Bedingungen, unter denen derselbe benutzt werden möge, feststellen und deren gehörige Erfüllung verlangen.

Der Verunglückte Hiestand hinterließ eine seither ebenfalls verstorbene Wittwe und zwei Kinder, nämlich:

Jakob Arnold, geb. den 26. September 1881, und

Anna Karolina, geb. den 21. Septbr. 1882.

Diese beiden Kinder, wegen Minderjährigkeit bevormundet durch David Sautter in Richtersweil, faßten nun die Nordostbahn mit der Eingangs erwähnten Streitfrage ins Recht. Die Klage wurde am 6. Juni 1887 beim Friedensrichteramt und am 1. Juli 1887 beim Bezirksgericht Zürich eingeleitet. Die Kläger stützten ihren Anspruch auf das Eisenbahnhaftpflichtgesetz, speziell auf die Art. 2, 3 und 5 desselben. Hiestand sei zur Zeit seines Todes verpflichtet gewesen, den Klägern Unterhalt zu gewähren und dieser nun den letztern entzogen worden, weßhalb sie Ersatz fordern können. Bezüglich des eingeklagten Betrages sei zu berücksichtigen, daß der Verstorbene täglich 4—5 Fr. verdient habe. Im Falle der Zusprechung einer Rente werde Sicherstellung verlangt.

Die Beklagte verlangte Abweisung der Klage, weil der Unfall durch Verschulden einer dritten, bei der Transportanstalt nicht angestellten Person, den zur Bedienung der Barrieren verpflichtet gewesenen Gerber Ryffel und durch Selbstverschulden des Getödteten (Art. 2 des Gesetzes) verursacht worden sei. Eventuell stellte sie den Antrag auf angemessene Reduktion der Rente sowohl als der Aversalsumme, falls auf eine solche erkannt werden sollte, weil Hiestand täglich nur 3 Fr.

verdient und diese zum größten Theil für sich selbst verbraucht habe,

Mit Urtheil vom 29. August 1887 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage ab, davon ausgehend, das die beiden Einreden der Beklagten begründet seien.

Gegen dieses Urtheil appellirten die Kläger und es stellte ihr Anwalt zweitinstanzlich den Antrag auf Gutheißung der Klage, während die Beklagte um Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils nachsuchte.

Entscheidungsgründe:

1. Da unbestritten ist, daß der Vater der Kläger beim Betriebe der Eisenbahnunternehmung der Beklagten getödtet worden ist, haftet die letztere nach Art. 2 des Bundesgesetzes vom 1. Heumonat 1875 den Klägern für den dadurch entstandenen Schaden, wenn sie nicht irgend eine der in Art. 2 namhaft gemachten Einreden zu beweisen im Stande ist.

2. Zum Fundament der ersten geltend gemachten Einrede des Verschuldens einer Drittperson gehört nicht nur, wie die Beklagte zu glauben scheint, daß der Unfall durch Verschulden einer dritten bei der Transportanstalt nicht angestellten Person verursacht worden ist, sondern auch, daß dabei kein eigenes Mitverschulden mitgewirkt habe, und gerade in dieser letztern Richtung ist der Beweis nicht bloß nicht erbracht, sondern es steht im Gegentheil ein solches Mitverschulden der Beklagten außer Zweifel.

3. Die Ursache des Unfalls liegt nämlich zweifellos in dem Offenbleiben der Barrieren des Ueberganges, auf welchem Hiestand vom Zuge überfahren wurde; denn gesetzt, dieser Uebergang wäre, wie dieß bezüglich der Privatübergänge vorgeschrieben ist, beständig geschlossen geblieben und nur von denjenigen, welche ihn benutzten, jeweilen zum Zwecke der Benutzung geöffnet worden, so hätte ihn Hinstand ebenfalls selbst öffnen müssen und bei dieser Beschäftigung gewiß den herannahenden Zug bemerkt. An diesem Offenbleiben, welches nach den Akten seit zirka einem Jahre der normale Bestand der fraglichen Barriere gewesen ist, mag nun allerdings der Private, welcher, falls hier ein Privatübergang vorliegt, nach Art. 3 des Bundesgesetzes vom 18. Hornung 1878 betreffend Handhabung der Bahnpolizei in erster Linie zur Schließung verpflichtet gewesen wäre, die erste und Hauptschuld tragen; aber eben so sicher ist dieser Zustand auch von einem Verschulden der Beklagten resp. ihrer eigentlichen Angestellten abhängig. Es ergiebt sich dieß gerade aus dem obigen Gesetze. Dasselbe hat den Zweck, den Eisenbahnen durch Aufstellung von Polizeivorschriften, welche durch Bußen zu ahnden sind, an die Hand zu gehen, um ihre Funktionen, welche aus Rechten und Verpflichtungen zusammengesetzt sind, gehörig zu erfüllen. Wenn daher in Art. 3 gesagt wird: „die Barrieren von Privatübergängen sind in der Regel geschlossen und werden von den Berechtigten zur Benutzung des Ueberganges unter eigener Verantwortlichkeit geöffnet und geschlossen," so folgt hieraus, daß die Eisenbahngesellschaft darüber zu wachen hat, daß solche Uebergänge immer geschlossen sind und Private, welche dieselben unbefugter Weise öffnen, oder wenn sie zur Oeffnung berechtigt sind, nach gemachtem Gebrauche offen lassen, wegen Polizeiübertretung verzeigt werden. Hier ist aber weder das eine noch das andere geschehen, sondern die Bahngesellschaft hat den allerdings durch Schuld der berechtigten Privaten geschaffenen rechtswidrigen Zustand der Barriere in fahrläßigster Weise fast ein Jahr lang geduldet und trägt daher die Mitschuld an dem eingetretenen Unfalle.

4. Allein auch bezüglich des ersten Theils der bezeichneten Einrede ist der Beweis nicht erbracht, weil, gesetzt auch der fragliche Uebergang sei ein Privatübergang und es finde daher Art. 3 des Bahnpolizeigesetzes darauf Anwendung, die zur Schließung der Privatbarrieren Verpflichteten zu den bei der Transportanstalt angestellten Personen gerechnet werden müssen. Nach Art. 3 nämlich sind darunter nicht nur die eigentlichen Angestellten, d. h. diejenigen Personen zu verstehen, welche zur Transportunternehmung in einem Lohndienstverhältnisse stehen, sondern alle diejenigen, deren sie sich zum Betriebe des Transportgeschäfts bedient. Dazu gehören schon dem Wortlaute dieser Bestim-

mung nach auch Servitutsberechtigte, welchen das Recht zum Ueberschreiten der Bahn zusteht, und welchen in Folge dieser Berechtigung die Verpflichtung aufgelegt ist, die für ihren Privatübergang angelegten Barrieren jeweilen zu öffnen und zu schließen. Noch deutlicher aber ergibt sich dieß aus dem Sinne der fraglichen Gesetzesbestimmung. Es unterliegt nämlich keinem Zweifel, daß der Grundgedanke des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes dahin geht, die Eisenbahngesellschaft nicht nur für eigenes Verschulden, sondern auch für Zufall haftbar zu machen und nur denjenigen Zufall auszuschließen, welchen sie auch bei größter Sorgfalt nicht vermeiden kann, die sog. höhere Gewalt im weiteren Sinne des Wortes. Zu dieser Art des Zufalls (höherer Gewalt) gehört auch das Verschulden dritter Personen, sofern dasselbe nicht in Ausübung von Funktionen stattfindet, zu welchen dieselben in Folge eines mit der Gesellschaft bestehenden Vertragsverhältnisses verpflichtet sind; denn sobald ein solches Vertragsverhältniß besteht, kann davon nicht mehr die Rede sein, daß der Eisenbahngesellschaft kein Mittel zu Gebote gestanden hätte, um den durch ein allfälliges Verschulden dieser Personen entstehenden Schaden zu verhindern. Speziell bezüglich der zur Schließung der Privatübergänge vertraglich verpflichteten Personen wäre es den Eisenbahngesellschaften frei gestanden, öffentliche Uebergänge zu schaffen resp. diese Uebergänge selbst zu bedienen, und dadurch die Gefahr zu vermeiden, welche durch die Uebertragung dieser Verpflichtung auf Private entsteht, und wenn sie dieß aus Sparsamkeitsrücksichten unterlassen haben, so haben sie selbstverständlich auch die dadurch entstehende erhöhte Gefahr zu tragen und es wäre geradezu widersinnig, sie deßhalb von der Haftung zu entbinden, weil sie es der größern Billigkeit wegen vorgezogen haben, einen Uebergang durch vertragliche Abfindung mit den berechtigten Privaten zu einem bloßen Privatübergange zu machen und sie so zu veranlassen, möglichst viele Privatübergänge und möglichst wenige öffentliche zu erstellen, zumal die Qualität einer Straße als öffentliche bekanntlich oft sehr zweifelhaft und es nicht unmöglich ist, einer solchen Straße durch Vereinbarung mit den Interessenten den Charakter einer Privatstraße zu geben. An eine Aufhebung dieser aus der ratio legis sich ergebenden Interpretation des Art. 2 und 3 des Haftpflichtgesetzes durch ein bloßes Polizeigesetz, wie dasjenige vom 18. Hornung 1878, ist natürlich nicht zu denken und es geht daher nicht an, den Worten des letztern „unter eigener Verantwortlichkeit“ den Sinn zu unterlegen, als ob dadurch die Haft der Eisenbahngesellschaften gegenüber Dritten, dem Publikum, in Wegfall gebracht sei, wenn ein solcher Private die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht erfülle.

5. Unter diesen Umständen braucht nicht näher untersucht zu werden, ob der betreffende Uebergang wirklich ein privater im Sinne des Art. 3 des fraglichen Gesetzes ist.

6. Was sodann die zweite Einrede der Beklagten anbetrifft, daß der Unfall durch die Schuld des Getödteten selbst verursacht worden sei, so ist dieselbe ebenfalls zu verwerfen. Die erste Instanz hat diese Einrede namentlich deßhalb gutgeheißen, weil Hiestand, als er den Uebergang überschritt, nothwendig den herannahenden Zug habe sehen müssen, zumal seine Aufmerksamkeit durch nichts Anderes in Anspruch genommen worden sei. Allein der Vertreter der Kläger hat schon in der Ergänzungsverhandlung behauptet, daß Hiestand auf dem einen Auge ganz blind, auf dem andern schwachsichtig gewesen sei und dafür den Beweis anerboten. Es mag dahingestellt bleiben, ob es nach dieser Behauptung nicht eigentlich Sache der Beklagten gewesen wäre, nachzuweisen, daß Hiestand normalsichtig gewesen sei; denn in der Appellationsverhandlung hat der Vertreter der Kläger durch Einbringung ärztlicher Zeugnisse die Thatsache selbst hinreichend festgestellt. Unter dieser Voraussetzung aber kann es dem Hiestand nicht zum Verschulden angerechnet werden, daß er den herannahenden Zug nicht gesehen hat, zumal gerade sein rechtes, nicht operirtes und daher gänzlich blindes Auge nach jener Seite hin gekehrt war. Die vorherige Warnung durch den Arbeiter Nardon mag zwar statt-

gefunden haben; allein der Zeuge ist nicht darüber gefragt worden, ob Hiestand dieselbe gehört habe. Der Umstand, daß er nicht antwortete, spricht eher dagegen und überhaupt ist es unwahrscheinlich, daß er, wenn er die Warnung hörte resp. verstand, dennoch die Bahnlinie betrat. Auch ist es eine bekannte Thatsache, daß beschränkte unbeholfene Menschen sehr leicht das zu Ihnen Gesprochene überhören oder unrichtig verstehen und Hiestand war ein solcher Mensch, wie aus dem Zeugnisse von Dr. Esslinger hervorgeht. Sodann hat schon das Bezirksgericht konstatirt, daß wegen des Geräusches der Gerberei Hiestand sehr leicht das Herannahen des Zuges sowie auch das Signal überhören konnte und bezüglich des letztern ist auch nicht konstatirt, daß es so frühzeitig gegeben wurde, daß er noch hätte ausweichen können. Ebenso ist selbstverständlich unerheblich, daß er auf das Haltrufen Nardons hin in seinem plötzlichen Schreck wieder rückwärts gegangen und so unter den Zug gerathen ist, während er gerettet gewesen, wenn er rasch vorwärts gegangen wäre. Endlich steht auch keineswegs fest, daß Hiestand gewußt hat, daß die fragliche Barriere schon seit längerer Zeit gar nicht mehr bedient werde; denn er war kein Angestellter Ryffels, sondern von seinem Meister Leuthold nur vorübergehend auf dem Lokal beschäftigt, konnte also ganz gut glauben, daß der Uebergang eben deßhalb offen sei, weil kein Zug heran nahe, und wenn er in diesem Glauben beim Betreten desselben nicht um sich geschaut hat, so trifft ihn deßhalb noch kein Verschulden.

7. Was das Quantitativ der gestellten Forderung anbetrifft, so richtet sich dasselbe nach Art. 5 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes und erscheint es daher richtiger, den Klägern eine jährliche Rente bis zum vollendeten 16. Altersjahre zuzusprechen; denn es ist in den vorliegenden Verhältnissen nicht anzunehmen, daß ihnen der Verstorbene auch später noch, etwa zu höherer Ausbildung, Unterstützung hätte verabreichen können. Auch die Höhe der jährlichen Rente ist nicht höher als auf 200 Fr. jährlich für jeden der Kläger anzusetzen, da der Verstorbene schwerlich einen bessern Erwerb gehabt hat, als von den Beklagten anerkannt ist, nämlich einen Lohn von 3 Fr. per Tag.

Schluss:

1. Die Appellation der Kläger ist größtentheils begründet und die Beklagte verpflichtet, denselben bis deren zurückgelegtem 16. Altersjahre eine jährliche Rente von je 200 Frkn. vom 11. August 1886 an zu bezahlen und diese Leistung gehörig sicher zu stellen.
2. Die Staatsgebühr wird für beide Instanzen auf 100 Fr. festgesetzt.
3. Die Beklagte trägt die Kosten beider Instanzen und hat die Kläger prozessualisch im Ganzen mit 80 Fr. zu entschädigen.
4. Mittheilung.

Nach dem Schweiz. Obligationenrecht erwerben die Aktiengesellschaften das Recht der Persönlichkeit mit der Eintragung ins Handelsregister unbedingt, also auch dann, wenn bei ihrer Gründung die Normativvorschriften der Art. 618 und 619 nicht beobachtet worden sind.

Eigenthumsübergang an Mobilien (Art. 200, 201 und 202 des O.-R.).

Die Anwendbarkeit des Art. 202, Schlußsatz des O.-R. setzt voraus, daß die Benachtheiligungsabsicht auch dem Erwerber bekannt gewesen sei resp. bei gehöriger Aufmerksamkeit bekannt sein mußte.

Die Gutheißung der Pfandklage gegenüber dem dritten Besitzer der Pfandobjekte und die Abweisung der von diesem erhobenen Eigenthumsansprache ist auch für die Pfandgläubiger des letztern verbindlich.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 25. Oktober 1887. Allgemeine Kreditbank Basel ca. Hüni u. Cons.)

Unter der Firma „Bijouteriefabrik G. Stapfer in Zürich“ bestand hier eine Collectivgesellschaft mit den solidaren Antheilhabern Oskar und Cäsar Stapfer. Dieselbe hatte zwei Fabriken nebst je einem Büreau in Horgen und Wädensweil, in Horgen überdem ein

Detail-Bijouteriegeschäft und endlich in Zürich, als dem Hauptsitz zunächst ein Engrosgeschäft nebst Waarenlager und sodann an der Bahnhofstraße Nr. 64 ein Depôt nebst Detail-Bijouteriegeschäft.

Am 8. Oktober 1885 constituirten die beiden Anteilhaber dieser Firma nebst 5 andern Personen eine Aktiengesellschaft unter der Firma: „Bijouteriefabrik Zürich" mit dem gleichen Zweck, Handel und Fabrikation in Gold-, Silber- und Compositionswaaren zu betreiben. Laut den Statuten wurde das Aktienkapital auf 500,000 Fr. festgesetzt und in 1000 Inhaberaktien von je 500 Fr. eingetheilt, welche von den sieben Gründern übernommen wurden. Unter den Aktienzeichnern befindet sich auch der Firmaanteilhaber und Prokurist der allgemeinen Kreditbank in Basel, H. Wüest; derselbe hat eine Aktie mit 500 Fr. gezeichnet. Cäsar und Oscar Stapfer übernahmen jeder 350 Stück Aktien mit je 175,000 Fr. = 350,000 Fr. zusammen. *Anderseits bestimmt der § 5 der Statuten: „Es übernimmt die Aktiengesellschaft von der Firma: „Bijouteriefabrik G. Stapfer in Zürich" die beiden Fabriken nebst Bureaux, Utensilien, Maschinen etc. in Horgen und Wädensweil, das Depôt und Detail-Bijouteriegeschäft an ersterm Orte, das Engrosgeschäft nebst Waarenlager in Zürich und das Depôt und Detail-Bijouteriegeschäft an der Bahnhofstrasse No. 64 daselbst etc., wofür die Abtreterin als Gegenwerth 500,000 Fr. und zwar 350,000 Fr. in voll einbezahlten Aktien und 150,000 Fr. in baar erhält."*

Im Protokoll über die Verhandlungen der constituirenden Generalversammlung ist gesagt: „Es wird constatirt, daß das ganze Aktienkapital gezeichnet und zwanzig Prozent auf jede Aktie einbezahlt sind." Am 13. Oktober 1885 erfolgte die Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister. Derselben wurde zum Beweise dafür, daß über 20 % des gezeichneten Aktienkapitals einbezahlt seien, ein beglaubigter Auszug aus dem Kassabuch der Gesellschaft beigelegt, welcher eine *Baar*einzahlung von 150,000 Fr., angeblich geleistet von den Aktionären Jakob Nägeli (9500 Fr.), Stüßi-Trümpy (125,000 Fr.), A. Rüttimann (10,000 Fr.), Caspar Riklin (5000 Frkn.) und H. Friedr. Wüst (500 Fr.), ausweist. Dieser Kassabucheintrag entspricht indessen wenigstens insofern der Wirklichkeit nicht, als er von *Baar*einzahlung spricht, denn abgesehen von Wüst hat kein Aktionär auch nur einen Rappen *baar* einbezahlt, sondern es wird geltend gemacht, die vier ersten der genannten fünf Personen haben die betreffenden Beträge an die Firma G. Stapfer zu fordern gehabt und demnach ihrer Einzahlungspflicht in der Weise genügt, daß sie ihre Guthaben auf Stapfer der Aktiengesellschaft abgetreten hätten, welche dieselben dann ihrerseits mit der Kaufpreisschuld gegenüber Stapfer compensirt habe. Natürlich haben auch die beiden Stapfer keine *Baar*einzahlung gemacht, dagegen wird geltend gemacht, sie hätten ihre Einzahlungspflicht durch Compensation der bezüglichen Schuld mit der Kaufpreisforderung erfüllt. Das Resultat wäre hienach das gewesen, daß das Vermögen der Gesellschaft, abgesehen von den angeblich durch Wüst baar einbezahlten 500 Fr., einfach aus den von den Gebrüdern Stapfer gekauften Waaren und Maschinen etc. bestand. Der wirkliche Werth dieser um 500,000 Fr. gekauften Aktiven scheint indessen auf keinen Fall höher als 100,000 Fr. gewesen zu sein, ja im später über die Aktiengesellschaft ausgebrochenen Konkurse sind dieselben sogar nur auf 19,429 Fr. geschätzt worden. Als Direktor der Aktiengesellschaft wählte der Verwaltungsrath den Cäsar Stapfer-Schäppi, gewesener Antheilhaber der aufgelösten Collectivgesellschaft: „Bijouteriefabrik G. Stapfer in Zürich". Am 21. Oktober 1885 erfolgte die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsamtsblatt und am 26. Oktober erschien daselbst die Anzeige von der Auflösung der Collectivgesellschaft: „Bijouteriefabrik G. Stapfer" mit dem Zusatze, die Gesellschafter Cäsar und Oskar Stapfer werden die Liquidation als Vertreter der aufgelösten Gesellschaft fortsetzen. Das hiesige Detail-Bijouteriegeschäft blieb nach wie vor in Nro. 64 der Bahnhofstrasse und zwar auf Grund des alten, schon am 25. September 1885, also vor Gründung der Aktiengesellschaft von Cäsar Stapfer, dem Gesellschafter der frühern

Collectivgesellschaft abgeschlossenen Miethvertrages. Daß eine Uebertragung dieses Miethvertrages auf die Aktiengesellschaft stattgefunden hätte, ist aus den Akten nicht ersichtlich, dagegen ist das Lokal mit der Aufschrift „Aktiengesellschaft" versehen worden. Der Verkauf wurde von einer Ladengehülfin besorgt, auch scheint ein Buchhalter da gewesen zu sein, dem ganzen Geschäfte aber stund Cäser Stapfer, der Antheilhaber der Collektivgesellschaft und Direktor der Aktiengesellschaft vor.

Schon am 10. Oktober 1885 hat die neu gegründete Aktiengesellschaft: „Bijouteriefabrik Zürich" mit der Allgemeinen Kreditbank in Basel einen Vertrag geschossen, wodurch der letztern die Emission eines 5 %igen Anleihens von 250,000 Fr. in Inhaberobligationen à 1000 Fr., — sichergestellt durch drei Generalobligos auf die Etablissemente und Verkaufsmagazine der Gesellschaft, — übertragen und von der Kreditbank der letztern ein Kredit von 60,000 Fr. versprochen wurde gegen Hinterlage der zu emittirenden Obligationen und Abtretung gewisser dem Verwaltungsrath und Aktionär Stüßi-Trümpy auf Maschinen, Utensilien uud Waarenlager der Bijouteriefabrik zustehender Pfandrechte. Dabei wurde bestimmt:

1. Vom Erlös der zu begebenden Obligationen bis zum Betrage von 100,000 Frkn. werden 75 % Frkn. zur Tilgung des Vorschusses der Allgemeinen Kreditbank verwendet und 25 % der „Rijouteriefabrik zur Verfügung gestellt.

2. Von den weitern 150,000 Fr. verkaufter Obligationen erhält die Allgemeine Kreditbank 10 % und die Bijouteriefabrik 90 %. *Kurz, die der Allgemeinen Kreditbank zu vergütende Provision soll sich nach vollständiger Abwickelung des Geschäftes auf 30,000 Fr. stellen.*

3. Sollte für die Obligationen sich kein oder nur ein geringer Absatz erzielen lassen, so wird der Allgemeinen Kreditbank ihr Baarguthaben mit 4 % per annum verzinst; sofern dieses Baarguthaben durch Verkauf von Obligationen laut vertraglichem Modus innert 9 Monaten nicht abbezahlt ist, hat die Geldgeberin das Recht, den Vertrag auf 3 Monate zu kündigen und sich an die vertraglichen Garantien zu halten. In diesem Falle werden der allgemeinen Kreditbank außer den stipulirten 4 % Zinsen 10 % Provision der von ihr verkauften Obligationen gutgebracht, im Minimum jedoch 10,000 Fr.

Dr. Hüni in Horgen und Tschudi-Stäger in Glarus sind Gläubiger der ins Stadium der Liquidation übergetretenen Collectivgesellschaft: „Bijouteriefabrik G. Stapfer in Zürich". Für ihre Forderung von zusammen 18,800 Fr. nebst Zins, betrieben sie die Schuldnerin. Die Hauptpfändung erfolgte in Riesbach, dem angeblichen Domizil der liquidirenden Gesellschaft, führte aber nicht zur Deckung, indem lediglich etwas Hausrath, allfällige Kaufrestguthaben auf die neue Aktiengesellschaft und 1000 Aktien gepfändet wurden. Deßhalb verlangten die Gläubiger Nachpfändung der Waaren in Horgen, Wädensweil und Zürich und an allen drei Orten wurden ihre Begehren vollzogen, speziell in Zürich pfändete das Stadtammannamt unterm 23./26. Januar und 6. Februar 1886 in Gegenwart der Ladengehülfin Frl. Schweizer das Waarenlager an der Bahnhofstrasse No. 64. Auch die Leihkasse Wädensweil erhob den Rechtstrieb gegen die in Liquidation befindliche Firma für zwei Wechselforderungen von 3000 und 5000 Fr. und erwirkte ebenfalls Nachpfändungen in Horgen, Wädensweil und Zürich, an letzterm Orte wurde unterm 5./6. Februar 1886 wiederum das Waarenlager an der Bahnhofstraße Nr. 64 eingepfändet. Cäsar Stapfer, Antheilhaber der in Liquidation übergetretenen Collectivgesellschaft und zugleich Direktor der neu gegründeten Aktiengesellschaft, protestirte Namens der letztern gegen die Pfändungen zu Gunsten Dr. Hüni und der Leihkasse, nicht aber gegen die Pfändung zu Gunsten Tschudi-Stäger. Die Protestation begründete er damit, daß die Pfänder nicht Eigenthum der schuldnerischen Collectivgesellschaft, sondern der Aktiengesellschaft seien. Diese Protestation veranlaßte die beiden Gläubiger Dr. Hüni und Leihkasse Wädensweil, die Bijouteriefabrik, Aktiengesellschaft, mit der Frage ins Recht zu fassen, ob nicht die zu ihren Gunsten stattgefundenen Nachpfändungen des Waarenlagers an der Bahn-

hofstrasse Nr. 64 in Zürich begründet, demnach die Pfandrechte gutzuheißen, die Eigenthumsansprache der Beklagten dagegen zu verwerfen sei. Die beiden Prozesse kamen getrennt zur Verhandlung. Dr. Hüni stellte darauf ab, daß die Aktiengesellschaft, weil weder irgend welche Aktieneinzahlung stattgefunden habe, noch eine Eintragung ins Handelsregister erfolgt sei, nie ins Leben getreten sei, also sie kein Eigenthum habe erwerben können und folglich die Pfänder nach wie vor im Eigenthum der schuldnerischen Collectivgesellschaft stehen, eventuell wurde die Tradition bestritten und geltend gemacht, daß die angestrebte Bildung einer Aktiengesellschaft ein widerrechtliches, betrügliches, lediglich darauf berechnetes Manöver gewesen sei, den Gläubigern der in Liquidation befindlichen Firma G. Stapfer sämmtliche Deckungsobjekte zu entziehen. Da die Beklagte auf alle Vorladungen unentschuldigt ausblieb, nahm das Gericht gemäß Gesetz und mit der Vorladung verbundener Androhung Anerkennung des thatsächlichen Klagegrundes an, fand, daß dieser den Klageschluß begründe und hieß deßhalb die Klage mit Urtheil vom 10. März 1886 gut, d. h. es erklärte das Pfandrecht Hünis für begründet und die Eigenthumsansprache der Aktiengesellschaft für unbegründet. Im Prozesse der Leihkasse Wädensweil gegen Bijouteriefabrik, Aktiengesellschaft, nahm Klägerin den nämlichen Standpunkt ein, den Dr. Hüni in seinem Prozesse vertreten hatte, sie bestritt, daß jemals Aktientitel existirt und den angeblichen Aktionären übergeben worden seien, ebenso jede Einzahlung, die Gesellschaft befinde sich also erst im Stadium der Präparation, sei nie ins Leben getreten und habe folglich nicht Eigenthum erwerben können. Hauptsächlich wurde aber auch darauf abgestellt, daß eventuell nur eine Besitzesübertragung im Sinne des Art. 202 des O.-R. (constitutum possessorium) vorliegen würde und diese der Klägerin gegenüber wegen der offensichtlich vorhandenen Benachtheiligungsabsicht unwirksam wäre. In diesem Prozeß ließ sich die Beklagte durch ihren Direktor Cäsar Stapfer vertreten, der die Klage bestritt, das Bezirksgericht Zürich hieß dieselbe aber mit Urtheil vom 29. Mai 1886 gut, schützte also das Pfandrecht der Leihkasse und verwarf die Eigenthumsansprache der Aktiengesellschaft.

Inzwischen hatte die neugegründete Aktiengesellschaft den ihr von der Allgemeinen Kreditbank in Basel zugesicherten Kredit von 60,000 Fr. ausgenützt und wie behauptet wird, noch mehr empfangen, während die Inhaberobligationen Mangels Beschaffung der für ihre Deckung versprochenen Generalobligos nicht verkauft werden konnten. Die Kreditbank sah sich deßhalb veranlaßt, den Rechtstrieb zu erheben; sie leitete denselben gegen die Aktiengesellschaft ein für die Summe von 73,886 Fr. 20 Rp., es erfolgte jedoch Rechtsvorschlag und Rechsöffnung wurde nur ertheilt für 15,000 Frkn. laut Wechsel vom 1. November 1885, fällig am 18. Januar 1886, für den übrigen Betrag aber die Vorstellung am Pfandbuch bewilligt.

Die Pfändung für genannte Wechselforderung von 15,000 Fr. nebst Spesen, Provision etc. erfolgte am 6. März 1886 *und es wurde auch hier das Waarenlager an der Bahnhofstrasse Nr. 64 eingepfändet.* Sodann verlangte die Kreditbank amtliche Verwahrung der Pfänder, erwirkte ein Versilberungsverbot gegenüber Dr. Hüni, Tschudy-Stäger und der Leihkasse Wädensweil, den ihr vorgehenden Pfandgläubigern und leitete endlich am 9. März 1886 beim Friedensrichteramt Zürich gegen diese Personen Klage ein über die Streitfrage, ob die von den Beklagten gegenüber den Aktiven der Aktiengesellschaft „Bijouterie-Fabrik Zürich“ *(speziell der Waaren im Laden Nr. 64, Bahnhofstrasse Zürich)* erlangten gerichtlichen Pfandrechte als ungültig zu verwerfen und am Pfandbuch zu löschen seien. Am 19. März 1886 ging die Klage beim Bezirksgericht Zürich ein. Begründet wurde sie damit, daß die im Zeitpunkte der Eintragung ins Handelsregister mit juristischer Persönlichkeit ins Leben getretene Aktiengesellschaft: „Bijouteriefabrik Zürich“ die in Frage kommenden Pfandobjekte im Oktober 1885 gekauft und tradirt erhalten habe, also schon damals Eigenthümerin derselben geworden sei, weßhalb die Schuldnerin der Beklagten, die in Liquidation

befindliche Firma „Bijouteriefabrik G. Stapfer" zur Zeit der betreffenden Pfändungen im Januar und Februar 1887 nicht mehr Eigenthümerin habe sein können, woraus von selbst folge, daß die Gegenstände auch nicht für Schulden derselben gültig haben eingepfändet werden können.

Die Beklagten bestritten den behaupteten Eigenthumsübergang der Pfänder von der Collectivgesellschaft „Bijouteriefabrik G. Stapfer" auf eine Aktiengesellschaft „Bijouteriefabrik Zürich", *weil*:

1. trotz der Eintragung ins Handelsregister und Publikation im Handelsamtsblatt *Mangels Beobachtung der Normativvorschriften der Art. 618 und 619 des O.-R.* eine Aktiengesellschaft mit juristischer Persönlichkeit nie ins Leben getreten sei und folglich überhaupt keine Rechte, also auch kein Eigenthum habe erwerben können;

2. weil eine Tradition der Kaufsobjekte an die sog. Aktiengesellschaft nie stattgefunden habe, eventuell nur von einer solchen im Sinne des Art. 202 des O.-R. (constitutum possessorium) gesprochen werden könne und diese in Anwendnng des Schlußsatzes der citirten Gesetzesstelle gegenüber den Beklagten für unwirksam erklärt werden müsse; — und

3. gegenüber der Aktiengesellschaft zu Gunsten Dr. Hüni und der Leihkasse Wädensweil bereits rechtskräftig entschieden sei, daß ein Eigenthumsübergang an jene nicht stattgefunden habe.

Für Tschudi-Stäger wurde speziell noch eingewendet, daß sein Pfandrecht von der Aktiengesellschaft stillschweigend anerkannt worden sei.

Beide Instanzen wiesen die Pfandanfechtungsklage der Allgemeinen Kreditbank in Basel ab und zwar die Appellationskammer des Obergerichtes

aus folgenden Gründen:

1. Die erste Instanz gelangt mit Unrecht zur Abweisung der Klage durch Aufstellung der beiden Sätze, daß die Aktiengesellschaft „Bijouteriefabrik Zürich", obschon sie ins Handelsregister eingetragen wurde, nicht zu rechtlicher Existenz gelangt sei, weil bei ihrer Gründung die Normativvorschriften der Art. 618 und 619 des O.-R. nicht beachtet worden seien, und daß in Folge dessen auch der von ihr mit der Firma Gebrüder Stapfer abgeschlossene Kaufvertrag an Nichtigkeit leide, so daß das Eigenthum der Objekte, an welchen die beiden Parteien Pfandrechte beanspruchen, bei der Firma Gebrüder Stapfer verblieben sei.

2. Es ist sehr fraglich, ob der Rechtssatz, daß jede Aktiengesellschaft, bei deren Gründung irgend eine der gesetzlichen Vorschriften nicht beachtet worden ist, an absoluter Nichtigkeit leide, auch nur für das französiche Recht Geltung hat; denn nach Art. 42 des Gesetzes vom 22. Juli 1867 scheint die Nichtigkeit solcher Aktien-Gesellschaften erst in Folge eines dieselbe aussprechenden gerichtlichen Urtheils einzutreten. Völlig außer Zweifel steht, daß das deutsche Handelsgesetzbuch jenen Rechtssatz nicht kennt. Dasselbe spricht sich zwar nirgends positiv dahin aus, daß eine Aktiengesellschaft durch die Eintragung ins Handelsregister die juristische Persönlichkeit auch dann erlange, wenn die Eintragung geschehen sei, ohne daß vorher allen für die Aktiengesellschaften vorgeschriebenen sogenannten Normativvorschriften Genüge geleistet worden. Allein sowohl Rechtswissenschaft als Gerichtspraxis haben diese Rechtsanschauung wiederholt gebilligt, und es besteht gegenwärtig unter den deutschen Rechtslehrern keine gegentheilige Ansicht mehr. So sagt Endemann (Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Band I, § 115), das französishe System, wonach im Fall der Nichtbeachtung einer Normativvorschrift auf Antrag jedes Aktionärs oder Gesellschaftsgläubigers die Nullität der Gesellschaft unter Zulassung von weitgehenden Schadenersatzansprüchen gegen die schuldigen Urheber ausgesprochen werde, sei durch die Novelle von 1870 nicht adoptirt worden, und schließt seine bezügliche Betrachtung mit folgenden Worten:

„Die deutschen Normativvorschriften sind daher zwar noch immer zwingende Gesetze, insofern sie durch den Parteiwillen weder abgeändert noch außer Anwendung gesetzt werden sollen, sie gehören aber zu den sog.

leges imperfectae oder minus quam perfectae. Das dagegen Geschehene ist nicht für nichtig erklärt, die Wirkung des Zuwiderhandelns besteht außer den in Art. 249 angedrohten Strafen wesentlich nur in dem Rechtsnachtheil, daß die Registrirung versagt wird, wenn der Registerrichter den Mangel gewahr wird. Ist die Registrirung einmal erfolgt, so sind die objektiv vorhandenen Verstöße wider die Normativvorschriften geheilt, an dem Ausspruch des Staates, daß seine Gebote erfüllt sind, darf nicht mehr gerüttelt werden, es wird fingirt, als wären sie erfüllt." (Vergleiche im Weitern O.-H.-G. vom 3. Oktober 1871 Bd. III., Seite 303; vom 19. Oktober 1872 Bd. VII., S. 241; vom 10. April 1875, Bd. XVI, S. 358, und Kräwel, Führung des Handelsregisters in der Zeitschrift für Handelsrecht S. 147 u. folg. und den Fall in Bd. XX. S. 607 dieser Zeitschrift).

3. Die Vorschriften des schweiz. O.-R. über die Normativvorschriften und die Eintragung der Aktiengesellschaften ins Handelsregister entsprechen im Wesentlichen dem deutschen Rechte und es wäre daher eine seltsame Anomalie, wenn bezüglich der Frage der Nullität wegen Nichtbeachtung der erstern nicht der Grundsatz des deutschen, sondern derjenige des französischen Rechts Geltung haben sollte, welches bezüglich der formellen Erfordernisse für die Entstehung der Ahtiengesellschaft ganz andere Rechtsregeln aufstellt und namentlich die Eintragung ins Handelsregister nicht vorschreibt. Außerdem aber enthält das schweiz. O.-R. zwei Vorschriften, welche es ganz außer Zweifel setzen, daß die Aktiengesellschaft mit dem Momente der Eintragung ins Handelsregister unter allen Umständen juristische Persönlichkeit erwirbt, selbst wenn irgend eine Normativvorschrift nicht beachtet worden ist. Es sind dieß die Art. 623, Abs. 1 und 671 Ziff. 2 und 3. Die erstere Bestimmung, lautend: „Wenn vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch" enthält eine strikte gesetzliche Vorschrift darüber, wie es mit Rechtsgeschäften zu halten sei, welche nichtige, d. h. solche Aktiengesellschaften, die nicht ins Handelsregister eingetragen sind, mit Dritten abgeschlossen haben, und es liegt auf der Hand, daß, wenn eingetragene Aktiengesellschaften, bei deren Gründung aber eine der Normativvorschriften nicht beachtet worden ist, ebenfalls nichtig wären, diese Vorschrift für die von solchen Aktiengesellschaften abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ebenfalls Geltung haben müßte. Wenn daher der Gesetzgeber hier nur von den Rechtsgeschäften der nicht ins Handelsregister eingetragenen Aktiengesellschaften und nicht auch von denjenigen solcher Aktiengesellschaften spricht, welche zwar eingetragen sind, bei deren Gründung aber eine der Normativvorschriften außer Acht gelassen wurde, so läßt sich dieß einzig dadurch erklären, daß eben im letztern Falle die Aktiengesellschaften selbst haften, d. h. daß dieselben zu Recht bestehen. Der Gesetzgeber hat übrigens keineswegs vergessen, zum Schutze derjenigen Personen, welche mit solchen Aktiengesellschaften Rechtsgeschäfte abschließen und dadurch geschädigt werden, daß bei deren Gründung Normativvorschriften verletzt worden sind, eine gesetzliche Bestimmung zu treffen. Diese Bestimmung ist in dem citirten Art. 671 enthalten, wo denselben Schadenersatzansprüche gegen diejenigen zugesichert werden, welche die Nichtbeachtung der Normativvorschriften wissentlich verschuldet haben, woraus wiederum hervorgeht, daß von einer Nichtigkeit solcher Aktiengesellschaften unter der Herrschaft des schweiz. O.-R. nicht die Rede sein kann.

4. Allein, selbst wenn die Aktiengesellschaft „Bijouteriefabrik Zürich" wirklich nichtig wäre, so könnte doch dem vom Bezirksgerichte aufgestellten zweiten Satze, daß dieß auch die Nichtigkeit des mit der Firma Gebrüder Stapfer abgeschlossenen Kaufs zur Folge habe und demnach das Eigenthum der verkauften Objekte bei letzterer zurückgeblieben sei, nicht beigestimmt werden; denn es wäre für dieses Rechtsgeschäft der bereits citirte Art. 623 Absatz 1, analog zur Anwendung zu bringen. Demnach würde an Stelle der rechtlich nicht vorhandenen Aktiengesellschaft die Gesammtheit der in ihrem Namen handelnden Personen als Kontrahent

zu betrachten sein und hätte daher durch den Kaufvertrag mit Gebrüder Stapfer an den gekauften Waaren Eigenthum erworben. Deßhalb wäre die Klägerin selbstverständlich auch im Stande gewesen, durch rechtliche Betreibung dieser Personengesammtheit Pfandrechte an diesen Waaren zu erwerben, und an der Gültigkeit der letztern würde wohl auch der Umstand nichts ändern, daß im Betreibungsverfahren die Schuldnerin unrichtigerweise Aktiengesellschaft genannt ist.

5. Dagegen liegt genügender Grund vor, um den Uebergang des Eigenthums an den gepfändeten Objekten auf die Aktiengesellschaft „Bijouteriefabrik Zürich“ gestützt auf Art. 202, zweiter Theil des O.-R. als gegenüber den Beklagten unwirksam zu erklären und demnach die zu Gunsten der letztern stattgefundenen Pfändungen zu schützen.

6. Es kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß eine Uebergabe an den Käufer im Sinne des Art. 200 des O.-R. nicht stattgefunden hat, denn die gleiche Person, welche sowohl den Verkäufer als den Käufer in allen Beziehungen zu vertreten hatte, Cäsar Stapfer, hat den faktischen Besitz nach wie vor ausgeübt. Das Rechtsverhältniß, auf Grund dessen die verkauften Sachen im Gewahrsam des Veräußeres Cäsar Stapfer als Gesellschafter der Firma Gebrüder Stapfer zurückgeblieben sind, ist sein Stellvertretungsverhältniß zur Käuferin als Direktor derselben. Die Klägerin legt dem Umstande besondere Bedeutung bei, daß die Aufschrift „Aktiengesellschaft“ am Lokale, in welchem die Sachen sich befanden, auch äußerlich d. h. Dritten sichtbar, den Willen des Cäsar Stapfer bekundet habe, von nun an nicht mehr für Gebrüder Stapfer, sondern für die Aktiengesellschaft den Besitz ausüben zu wollen; allein das letztere ist nicht einmal richtig. Die Aufschrift „Aktiengesellschaft Bijouteriefabrik Zürich“ bekundete zunächst nur, daß diese Gesellschaft hier ihr Lokal habe; allein dadurch war nicht ausgeschlossen, daß Dritte glauben konnten, in diesem Lokal, in welchem Cäsar Stapfer nach wie vor waltete, liquidire die in Liquidation befindliche Firma Gebrüder Stapfer noch ihre eigenen Waaren. Daß auch diese Waaren von der Aktiengesellschaft käuflich übernommen worden seien, konnte aus jener Aufschrift allein nicht geschlossen werden. Allein, selbst wenn dem so wäre, wäre dadurch keine Tradition im Sinne des Art. 200 bewirkt worden, da zu einer solchen die vollständige Entäußerung auch des faktischen Besitzes Seitens des Verkäufers gehört. Art. 201 läßt sich auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung bringen, denn unter dem „Dritten“ kann nicht der zur Veräußerung berechtigte Stellvertreter des Veräußerers, sondern nur ein solcher „Dritter“ verstanden sein, der zu dem Veräußerer in keinem allgemeinen Stellvertretungsverhältnisse steht, sondern in Folge eines besondern Vertragsverhältnisses die Detention ausübt, da nur in diesem letztern Falle ein Auftrag des Veräußerers an den Dententor, die Sache von nun an für den neuen Erwerber in Gewahrsam zu halten, was doch ein Erforderniß für den Eigenthumsübergang gemäß dieser Bestimmung bildet, gedenkbar ist.

7. Sodann hatte die Verkäuferin, die Firma Gebrüder Stapfer d. h. deren beide solidare Inhaber Cäsar und Oskar Stapfer unzweifelhaft auch die Absicht, durch den Verkauf die Beklagten zu benachtheiligen. Es war dieß allerdings nicht ihr Hauptzweck beim fraglichen Rechtsgeschäft; allein es genügt nach dem Gesetze, wenn die Benachtheiligungsabsicht auch nur als Nebenzweck vorhanden war. Diese Benachtheiligungsabsicht geht schon daraus hervor, daß sie sich ihrer sämmtlicheu Aktiven gegen minderwerthige und leicht zu beseitigende Aktien, von denen schon am 30. Septbr. 1885 Cäsar Stapfer 250 dem Stüßi-Trümpi versetzt hatte, entäußerten, obschon sie wissen mußten, daß in Folge dessen die Beklagten und andere Creditoren mit ihren sehr bedeutenden Forderungen höchst wahrscheinlich in Verlust gerathen werden. Dazu kommt dann noch als weiteres Indizium die Thatsache, daß sie andere Gläubiger gerade durch diesen Verkauf und die damit in Verbindung stehende Gründung einer Aktiengesellschaft für ihre Forderungen, wenn auch in sehr problematischer Weise durch Aktien deckten, während sie nicht behaupten, den Beklagten jemals auch nur den Vorschlag gemacht zu haben,

sie ebenfalls durch Ueberlassung oder faustpfändliche Versetzung von Aktien der neuen Gesellschaft abzufinden.

8. Trotzdem müßte der Eigenthumsübergang auf die Käuferin gegenüber den Beklagten geschützt werden, wenn die Käuferin von dieser Benachtheiligungsabsicht ihrer Verkäufer nichts gewußt hätte und auch nach den Umständen nicht verpflichtet gewesen wäre, davon zu wissen. (vergl. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts in Sachen Joseph Wüst c. Emma Hohenegger von 17. Mai 1887, abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. VI S. 175 Nr. VII). Die Beklagten haben daher noch im Weitern nachzuweisen, daß die Benachtheiligungsabsicht der Gebrüder Stapfer auch ihrer Käuferin, der Aktiengesellschaft bekannt war, oder hätte bekannt sein sollen, oder, um einen juristischen Ausdruck zu wählen, daß diese letztere nicht gutgläubig war. In anloger Anwendung der diesem Ausdrucke durch die Kommentatoren des schweiz. O.-R. und die zürcherische Gerichtspraxis zu Theil gewordenen Interpretation (siehe Hafners Commentar zu Art. 205 Ziff. 3, Schneiders Commentar zu Art. 205 Ziff. 2 und Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes vom 7. September 1886 i. S. Flachsmanns Erben gegen Gimpert-Schnorf, abgedruckt im Bd. V. der Handelsrechtlichen Entscheidungen Seite 300 und folg. und vom 6. September 1887, abgedruckt am gleichen Orte Bd. VI. S. 334 III.) ist nun auch derjenige Käufer als nicht gutgläubig zu betrachten, dem zwar eine direkte Kenntniß der Benachtheiligungsabsicht nicht nachgewiesen werden kann, der aber bei gehöriger Aufmerksamkeit diese Kenntniß hätte haben sollen. Dieses letztere muß bei sämmtlichen Aktionären der Aktiengesellschaft — denn diese haben alle beim fraglichen Kaufsgeschäft gehandelt und waren daher ihre Vertreter, für deren Verschulden die Gesellschaft selbst nach Art. 62 resp. 115 haftet, — angenommen werden, denn es lag für sie dringende Veranlaßung vor, zu vermuthen, daß ihre Verkäuferin noch andere bedeutende Schulden besitze neben denjenigen, welche durch Aktien der zu gründenden Aktiengesellschaft zu decken waren und es ist ebenso sicher, daß sie sich diese Kenntniß und speziell auch diejenige der Forderungen der Beklagten leicht hätten verschaffen können, wenn sie von ihren Verkäufern Einsicht ihrer Bücher sowie einen amtlichen Auszug über die anhängigen Rechtstriebe verlangt hätten. Es war nämlich schon damals notorisch, daß die Firma Gebrüder sich Stapfer in schlimmen ökonomischen Verhältnissen befand und zwar nicht bloß wegen der Forderungen derjenigen Aktionäre, welche sich durch Aktien decken ließen, und es ist ganz undenkbar, daß diese letztern sich mit solchen Aktien begnügt hätten, wenn sie nicht überzeugt gewesen wären, daß ihre Schuldnerin noch andere bedeutende Verpflichtungen habe und daher niemals in die Lage kommen werde, sie für ihre Forderungen effektiv bezahlen zu können. Dem Aktionär Wüst, der übrigens eine einzige Aktie nahm und sich von Stapfer eine Spezialprovision von 1000 Fr. zusichern ließ, waren diese Verhältnisse der andern Aktionäre nicht unbekannt und es war derselbe wahrscheinlich bezüglich der wirklichen ökomischen Lage der Gebrüder Stapfer mindestens ebenso gut oder besser informirt als jene, welche für ihre Forderungen mit Aktien verlieb nahmen.

9. Allein gesetzt auch, die Beklagten dürften den zweiten Theil von Art. 202 des O.-R. nicht mit Recht für sich in Anspruch nehmen, so könnte doch hierauf deßhalb nichts mehr ankommen, weil ihre darauf gestützten Ansprüche auf Gültigerklärung ihrer Pfandrechte bereits theils durch rechtskräftige Urtheile gutgeheißen, theils von der Käuferin, der Aktiengesellschaft, stillschweigend anerkannt worden sind, und die Klägerin im jetzigen Prozesse nichts geltend gemacht hat, was geeignet wäre, die Wirksamkeit dieser Urtheile resp. dieser Anerkennung ihr gegenüber aufzuheben.

10. Was nämlich die Beklagten Dr. Hüni und Leihkasse Wädensweil anbetrifft, so haben dieselben wegen ihrer Pfandrechte bereits mit der gestützt auf ihren Kaufvertrag das Eigenthum an den gepfändeten Objekten ansprechenden Aktiengesellschaft Prozeß geführt und darin obgesiegt, und bei der Pfändung

Gunsten des dritten Beklagten Tschudy-Stäger hat, obschon dieselbe in Gegenwart des Fräulein Schweizer, einer Angestellten der Aktiengesellschaft stattfand, doch Niemand für die letztere das Eigenthum angesprochen, das nach der zürcherischen Gerichtspraxis (siehe R.-B. des Obergerichts vom Jahre 1878 Nr. 25) jedenfalls solange als Verzicht auf die Eigenthumsansprache resp. Anerkennung des Pfandrechtes auszulegen ist, als nicht der kompetente Richter, nämlich der Audienzrichter des Bezirksgerichts Zürich wegen der stattgefundenen Unterlassung Restitution ertheilt und den Pfandgläubigern die gesetzliche Frist des § 64 des Schuldbetreibungsgesetzes zur Stellung des Ausweisbegehrens angesetzt hat.

11. Diese Urtheile, welche gestützt auf Art. 202 des O.-R. erfolgt sind, haben gemäß der citirten Gesetzesbestimmung, wie übrigens in ihrem Dispositiv ausdrücklich ausgesprochen ist, die Wirkung, daß der Eigenthumsübergang gegenüber den Beklagten Dr. Hüni und Sparkasse Wädensweil als unwirksam d. h. *nie erfolgt* und die zu ihren Gunsten stattgefundenen Pfändungen daher als rechtsgültig zu betrachten sind (siehe auch Schneiders Commentar zu Art. 202 Ziff. 2), und nicht etwa bloß, wie man vielleicht denken könnte, daß das Eigenthum erst mit der Urtheilsfällung wieder an den Verkäufer zurückfiele und nun erst einer nachträglichen Pfändung durch die Gläubiger des letztern unterläge. Das Gleiche gilt selbstverständlich von der Anerkennung des Pfandrechts des Tschudi-Stäger durch die Aktiengesellschaft. Daraus folgt, daß auch die Gläubiger der letztern, welche erst nach den Gläubigern der Verkäufer, wenn auch vor Ausfällung jener Urtheile Pfandrechte an den gleichen Objekten erworben haben, die vorgehenden Pfandrechte der erstern respektiren müssen und zwar selbst, wenn sie von den Forderungen jener Gläubiger und der Benachtheiligungsabsicht der Verkäufer beim Kaufsabschlusse nichts gewußt haben; denn wenn auch der gutgläubige Faustpfandgläubiger gemäß Art. 213 in seinem Faustpfandrechte gegenüber einem ältern gerichtlichen Pfandrecht geschützt wird, so darf doch dieser Satz nicht analog auf den Erwerber gerichtlicher Pfandrechte an Sachen, von denen sich hernach herausstellt, daß sie nicht Eigenthum ihres Schuldners waren, ausgedehnt werden.

12. Es ist freilich zuzugeben, daß im vorliegenden Falle der vor dem Konkurse stehende Käufer, die Aktiengesellschaft, vertreten durch ihren ebenfalls dem Konkurse verfallenen Direktor Cäsar Stapfer, kein besonderes Interesse hatte, ihr Eigenthumsrecht gegenüber dem Pfandrechte der Beklagten zu wahren, während bei der Klägerin dieses Interesse in viel höherem Grade vorhanden war, allein dieser Umstand kann an dem Resultate, daß selbst eine einfache Anerkennung des Pfandrechts der Beklagten durch Cäsar Stapfer Namens der Aktiengesellschaft, geschweige denn die gefällten Urtheile, auch für die Klägerin bindend sind, nichts ändern, wenn der letztern nicht wirkliche Rechtsgründe, durch welche jene Urtheile resp. jene Anerkennung ihre Wirksamkeit ihr gegenüber verlören, zur Seite stehen.

13. Uebrigens kann sie sich über jene Urtheile resp. jene Anerkennung deßhalb nicht allzu sehr beklagen, weil sie es ihrer eigenen Nachläßigkeit zuzuschreiben hat, wenn die erstern materiell unrichtig ausgefällt worden sind und die Anerkennung nun nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Von den Prozessen des Dr. Hüni und der Leihkasse Wädensweil gegen die Aktiengesellschaft nämlich hatte auch die Klägerin Kenntniß; denn bei der Pfändung zu ihren Gunsten vom 6. März 1887 fand sie jene Vorstände zu Gunsten der Beklagten, über deren Bedeutung sie nicht im Unklaren sein konnte, und es soll daher auch ihr Vertreter, wie in der Appellationsverhandlung von dem Vertreter der Beklagten unwidersprochen behauptet worden ist, den Verhandlungen jener Prozesse vor Bezirksgericht beigewohnt haben. Unter diesen Umständen ist es schwer erklärlich, daß sie nicht, insofern sie wirklich die Eigenthumsansprache der Aktiengesellschaft für rechtlich begründet hielt, als Nebenintervenient in jene Prozesse eintrat, und wenn das Bezirksgericht dennoch zu Ungunsten derselben entschied, hiegegen gestützt auf das ihr als Nebenintervenient zustehende

Recht Appellation erklärte. Was die Anerkennung der Pfändung des Tschudi-Stäger anbetrifft, so hätte die Klägerin ganz in ähnlicher Weise vorgehen, d. h. als Nebenintervenientin der Aktiengesellschaft beim Audienzrichter das Gesuch stellen können, der letztern die Geltendmachung ihrer Eigenthumsansprache nachträglich noch zu gestatten und dem Pfandgläubiger die Frist des § 64 des Sch. B.-G. anzusetzen.

14. Es gibt gegenwärtig nur noch zwei rechtliche Möglichkeiten, um jenen Urtheilen resp. jener Anerkennung die Rechtswirkung gegenüber der Klägerin zu benehmen, nämlich wenn dieselben entweder durch dolose Beeinflussung des Cäsar Stapfer durch die Beklagten zu Stande gekommen, oder wenn dadurch die Beklagten in rechtswidriger und anfechtbarer Weise begünstigt worden sind, mit andern Worten, wenn der Klägerin entweder die actio doli oder die actio Pauliana gegen die Beklagten zusteht. Allein es ist einleuchtend, daß die materiellen Voraussetzungen dieser Klagen nicht vorliegen, ja dieselben nicht einmal behauptet worden sind. Uebrigens würde für die actio Pauliana auch noch die formelle Voraussetzung der Zustimmung der Konkursbehörde fehlen, ganz abgesehen davon, daß dadurch nur die Ungültigkeit des Pfandrechts der Beklagten und die Einwerfung der zu ihren Gunsten gepfändeten Aktiven in die Konkursmasse der Aktiengesellschaft bewirkt werden könnte.

Wechselforderung aus Accept.

Die Zulässigkeit ihrer Geltendmachung im Konkurse des Acceptanten trotz des Umstandes, dass der Wechsel erst nach dem Konkursausbruch auf dem Retourwege an den Ansprecher zurückgekommen ist.

Eine Forderung aus Wechselaccept wurde im Konkurs über den Nachlaß des Acceptanten deßwegen abgewiesen, weil der Mangels Zahlung protestirte Wechsel *erst nach erfolgtem Konkursausbruch* auf dem Retourwege an den Ansprecher zurückgelangt war und der Konkursrichter annahm, daß der Forderungsanspruch erst in diesem Moment zur Existenz gelangt sei. *Die zweite Instanz trat indess der Schlussfolgerung des Konkursrichters nicht bei, erklärte den Rekurs für begründet und hiess die Ansprache gut.*

Gründe:

Die erstinstanzliche Begründung ist unstichhaltig. Die Forderung des Rekurrenten beruht auf der Wechselannahme des W. und diese ist vor dem Konkurse geschehen. Wenn nun auch Rekurrent das Accept inzwischen begeben und erst nach dem Konkursausbruch wieder in den Besitz desselben gekommen ist, so datirt doch sein Forderungsanspruch nicht vom Tage der Rückübertragung beziehungsweise des Regresses auf ihn, sondern es ist dieß das Wiederaufleben eines suspendirten Forderungsrechtes (vergleiche Wächter. das Wechselrecht des deutschen Reiches. Seite 221 Note 16, S. 269 Note 12, S. 535 Ziff. 1) oder es trat die schwebende Bedingung, unter der der Acceptant wieder Schuldner des Rekurrenten wurde, ein. Nach allen diesen Betrachtungsweisen konnte und mußte die streitige Forderung im Konkurse angemeldet und berücksichtigt werden (§ 135 Ziffer 4 des Konkursgesetzes). (Obergericht Zürich, Appellations-Kammer, 6. August 1887.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Dezember 1887. VI. Band. № 23.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Amtsbürgschaft.

Umfang der dem Gläubiger gegenüber dem Amtsbürgen obliegenden Controllpflicht.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 1. Oktober 1887.

Am 16. Oktober 1883 wählte der Stadtrath Zürich den Otto Boßhardt von Hauptwyl, Ct. Thurgau, zum Holzdepôtverwalter des städtischen Forstamtes. Nach einem für diese Stelle bestehenden Regulativ hat der Holzdepôtverwalter die Führung des Holzdepôtgeschäftes im Sihlamt zu besorgen. Er steht direkt unter dem Stadtforstmeister und dessen Controllbureau. Nach Art. 15 dieses Regulativs ist er gehalten, für getreue und rechtschaffene Amtsführung in Form zweier ausreichend habhafter, im Kanton Zürich niedergelassener Bürgen, eine Personalcaution im Betrage von 10,000 Fr. zu leisten. Laut Bürgschaftsschein vom 16. Oktober 1883 wurde diese Caution von Heinrich Müller, Maler, in Hottingen und Eduard Bindschädler im Seehof-Erlenbach für Boßhardt übernommen. Die beiden erklärten unterschriftlich, der Stadtgemeinde Zürich für Boßhardt in dem Sinne einstehen zu wollen, daß sie für den von ihm dem Gute allfällig zu ersetzenden Schaden bis auf den Betrag von 10,000 Frkn. solidarisch haften. Die Controlle der Geschäftsführung Boßhardts durch die Stadtforstverwaltung vollzog sich in der Form der persönlichen Inspektion des Geschäftsbetriebes, Einsichtnahme der Buchführung, Abschluß monatlicher Controllabschlüsse, Vornahme von Kassastürzen etc. Boßhardt war in seiner Geschäftsführung saumselig, nahm aber die vielfachen Mahnungen stets demüthig entgegen und versprach jedesmal Besserung. Der Kassasturz vom 30. September 1884 zeigte das ungehörige Vorkommen eines von Boßhardt in die Kasse eingelegten Vorschußscheines im Betrage von 650 Fr., den er damit motivirte, daß er durch Deckung einer Bürgschaftsforderung genöthigt gewesen sei, diesen Betrag à conto seiner zukünftigen Besoldung zu erheben, er versprach indeß, denselben durch monatliche Abzüge an seinem Gehalt baldmöglichst zu restituiren. Am 23./24. Juli 1885 nahmen der Kassier der Forstverwaltung, Ringger, und der Hülfskassier der städtischen Centralverwaltung, Scheller, unter Benutzung sämmtlicher Scripturen Roßhardts eine sorgfältige Bereinigung der Buchguthaben und der Einträge ins Kassabuch vor. Es ergab sich ein Manco von 1300 Frkn., die Verification des Kassabuches zeigte bei der Addition der Einnahmen pro Januar 1885 einen Fehler, indem sich diese um 1000 Fr. höher stellten. Bei dem zur weitern Aufklärung dieses Mancos unterm 8. August 1885 vorgenommenen Kassasturz waren dann aber die 1000 Fr. da und ebenso fand sich der Rest in einer sogenannten Differenzkasse.

Am 15./16. Oktober 1885 wurde an Hand des Verkaufsregisters ein Verzeichniß über sämmtliche bis und mit dem 30. September aufgelaufenen Guthaben angefertigt. Dasselbe ergab die Summe von 14,148 Fr. 50 Cts. Zugleich nahm der Controllirende eine Vergleichung aller ins Kassabuch notirten Zahlungen mit dem Verkaufsregister und dem Restanzenverzeichniß vor. Diese Bereinigung ergab eine Vermehrung der Restanzen von 209 Rp. 70 Rp., somit eine bereinigte Guthabensumme von 14,358 Fr. 20 Rp. Um indessen noch weitere Sicherheit zu haben, wurden sämmtliche Debitoren *vom 1. Juli 1885 an rückwärts* an ihre Verbindlichkeiten erinnert, um sie damit zur Vorweisung eventuell bereits bezahlter Rechnungen zu veranlassen. Als Ergebniß dieses Aufrufes konnte am 5. Dezember 1885 konstatirt werden, daß Boßhardt 3 Rechnungen im Betrage von 83 Fr. quittirt hatte, ohne sie in irgend einer Weise zu buchen, der Gesammtabschluß seiner Rechnung aber zeigte bloß eine ungedeckte Rechnungsschuld desselben von 78 Fr. 70 Rp.

Schon am 30. November 1885, *Vormittags*, war ein weiterer Kassasturz vorgenommen worden, welcher 55 Fr. 85 zu wenig Baarschaft zeigte. *Nachmittags* wurde ferner eine einläßliche Controlle der Buchführung vorgenommen und bei diesem Anlaß zeigte Boßhardt behufs gleichzeitiger Bereinigung des Restanzenverzeichnisses und des

Verkaufsregisters auf einem blauen Bogen Papier eine Reihe von Beträgen, *welche beim Incasso im Kundenhaus eingezogen und als solche im Verkaufsregister noch nicht gelöscht worden seien*. Ein zweiter Kassasturz wurde nicht vorgenommen. Diese Beträge machten die Summe von 3571 Frkn. 20 Rp. aus, und es hat Roßhardt dieselben, wie er *später* (im März 1886) zugab, nie in die Kasse abgeliefert, sondern unterschlagen. Boßhardt wurde nunmehr zur Einreichung der Entlassung veranlaßt. Er nahm dieselbe auf Ende Dezember 1885, blieb dann aber doch bis am 28. Februar 1886, an welchem Tage sein Nachfolger das Amt übernahm, an der Stelle.

Beim Kassasturz vom 10. Dezember 1885 ergab sich ein Plus der Kasse über den Saldo des Kassabuches von 100 Fr., welcher Betrag von Boßhardt als Privatgeld beansprucht und ihm auch verabfolgt wurde. Bei diesem Kassasturz fand sich dann auch zum ersten Mal der bei den vorhergehenden Kassavisitationen immer vorhanden gewesene und extra aufbewahrte Betrag der Abzüge für Amortisation des Vorschusses Boßhardts nicht mehr vor und war auch der bisherige Vorschussschein Boßhardts durch einen neuen im gleichen Betrage ersetzt.

Ein neuer Aufruf der Debitoren, welcher nach dem Austritt Boßhardts behufs vollständiger Bereinigung der Verhältnisse und Gewinnung einer sichern Grundlage für die Uebergabe an den Nachfolger vorgenommen wurde, ergab zunächst die oben erwähnte Unterschlagung von 3571 Fr. 20 und sodann eine weitere Unterschlagung von 947 Fr. 63, welche in die Zeit vom August bis Dezember 1885 fällt. Die Gesammtsumme der Unterschlagungen beziffert sich somit auf 4518 Fr. 83 (3571 Fr. 20 plus 947 Fr. 63), nicht inbegriffen den Vorschuß von 650 Fr.

Gegen Boßhardt wurde Strafklage eingeleitet und er legte sofort ein umfassendes Geständniß ab. Die Unterschlagungen, — äußert er in seinem Verhör, — erfolgten derart, daß ich Gelder, die für verkauftes Holz eingingen, nicht in die Bücher als bezahlt eintrug. Eine Kontrolle war so nicht leicht möglich, da eben die betreffenden Posten in den Büchern dann als Guthaben figurirten. Blieben solche Posten gar lange als unbezahlt in den Büchern stehen, deckte ich sie schließlich wieder in der Art, daß ich neu eingegangene Beträge als Deckung für ältere Posten buchte.

Gestützt auf das abgelegte Geständniß wurde Boßhardt unterm 9. Mai 1886 von der Appellationskammer des Obergerichtes der Amtspflichtverletzung in Konkurrenz mit Unterschlagung im Betrage von 4518 Fr. 83 Rp. schuldig erklärt und zu $2^1/_2$ Jahren Zuchthaus verurtheilt.

Nunmehr verlangte die Stadt Zürich von den Amtsbürgen des Boßhardt Bezahlung des Defizits mit 4518 Fr. 83 Rp., diese bestritten aber die Schuldpflicht mit der Behauptnng, es sei ihre Haftpflicht erloschen, weil die gegenüber dem Depôtverwalter geübte Kontrolle eine ungenügende gewesen sei und man ihnen von dem wirklichen Sachverhalt nicht rechtzeitig Kenntniß gegeben habe. *Das Bezirksgericht Meilen verwarf indess diese Einrede und verpflichtete die Beklagten zur Zahlung,* indem es in der Hauptsache auf folgende Sätze abstellte:

1. Es ist davon auszugehen, daß den Aufsichtsbehörden des Boßhardt eine strengere Kontrollirung nicht oblag, als wie sie von den Reglementen, speziell von dem Regulativ für den Depôtverwalter vorgeschrieben und für diese Stelle Usus war. Mit der Behauptung nun aber, daß diese übliche Kontrolle nachlässig ausgeübt worden sei, ist es strenge zu nehmen, denn die von den Beamten zu leistenden Cautionen werden ja im Wesentlichen deßwegen gefordert, um die Behörden vor den Folgen unredlicher Handlungen der Cautionssteller zu sichern. Würde man es mit dergleichen Einreden von Bürgen leicht nehmen, so wäre die Cautionsleistung beinahe illussorisch, denn ein gewisses Maß von Vertrauen muß man gegenüber einem selbständigen Angestellten immer walten lassen.

2. Wenn das Forstamt dem Vorbezug der 650 Fr. durch Boßhardt keine weittragende Bedeutung beilegte, so kann ihm das nicht zum Verschulden angerechnet werden, weil Boßhardt den Bezug nicht verdeckte, sondern durch Einlage des Vorschußscheines in die

Kasse offenbarte und der Betrag durch Abzüge an der Besoldung leicht zu decken war. Eine Anzeige dieses Vorkomnisses an die Bürgen hätte kaum ein Begehren derselben um Entlassung des Boßhardt, sondern höchstens das Verlangen zur Folge gehabt, daß das Verhältniß beförderlichst regulirt oder sie entlassen werden. Nun werden sie aber für diesen Vorschuß nicht belangt und können daher auch aus diesem Verhältnisse nichts für sich ableiten.

3. Die Unterschlagungen Boßhardts durch Unterlassung von Buchungen hätten einzig entdeckt werden können durch eine an sämmtliche noch als ausstehend bezeichneten Kunden gerichtete Anfrage, ob bezahlt sei oder nicht, zu einer so weitgehenden Maßregel aber hat genügende Veranlassung nicht vorgelegen, um so weniger, als die Anfrage an sämmtliche Debitoren vom 1. Juli 1885 an rückwärts nur eine Differenz von 83 Fr. ergeben hat.

4. Etwas fraglicher ist die Bedeutung des Umstandes, daß, nachdem Boßhardt am 30. November 1885 anerkannt hat, die Zahlung von 44 Posten, betragend 3571 Fr. 21, im Verkaufsregister nicht vorgemerkt zu haben, nicht näher kontrollirt worden ist, ob sich diese Posten thatsächlich in der Kasse finden, d. h. in der beim Kassasturz am Vormittag gezeigten Baarschaft inbegriffen seien, allein einmal ist das Defizit ja unzweifelhaft bereits vorhanden gewesen und sodann ist eben bei einem unredlichen Beamten, der empfangene Zahlungen nicht einträgt, eine Kontrolle fast nicht möglich, weil sich die Controllbeamten an die Bücher halten und ihnen auch etwas Mehreres, namentlich eine jedesmalige Durchforschung nach unrichtigen Einträgen nicht zugemuthet werden kann. Uebrigens hat Klägerin, sobald ihr erhebliche Anhaltspunkte über nachlässige Geschäftsführung des Boßhardt vorlagen, was erst mit dem 30. Novbr. 1885 der Fall gewesen ist, die nöthigen Schritte zur Aufhebung des Anstellungsverhältnisses gethan; dafür, daß von da bis zum 28. Februar 1886 noch weitere Unterschlagungen stattgefunden haben, liegt nichts in den Akten und jedenfalls haben solche vom 1. Januar 1886 an wegen der sehr intensiven Kontrolle nicht mehr vorkommen können. Uebrigens dauert die Haftpflicht der Bürgen für die ganze Amtsdauer und sie hätten die Bürgschaft unter keinen Umständen künden können, sondern wären höchstens berechtigt gewesen, vom Hauptschuldner Boßhardt gestützt auf Art. 511 des O.-R. Sicherstellung zu verlangen, eine Pflicht des Gläubigers dagegen, den Bürgen von der precären Lage des Hauptschuldners in Kenntniß zu setzen, ist im Gesetze nirgends vorgeschrieben.

Die Appellationskammer des Obergerichtes bestätigte dieses Urtheil und zwar

aus folgenden Gründen:

Zunächst kann im Wesentlichen auf die erstinstanzliche Begründung verwiesen werden. Derselben ist indeß beizufügen:

1. Bei der gewöhnlichen Bürgschaft liegt die Gefahr, gegen welche sich der Gläubiger durch die Bürgschaft sichern will, nur in der möglichen Insolvenz des Hauptschuldners, dagegen steht die Schuldpflicht des letztern gegenüber dem Gläubiger durchaus fest. Bei der Amtsbürgschaft ist auch diese letztere unsicher und die Gefahr, welche der Gläubiger zu laufen hat und gegen welche er sich durch die Amtsbürgschaft sichern will, daher wesentlich dadurch bedingt, ob und in welchem Betrage der Beamte, für den die Bürgschaft geleistet wird, Hauptschuldner werde. Die Frage, welche Verpflichtungen dem Gläubiger obliegen, um dieses letztere zu verhindern, ist daher der Amtsbürgschaft eigenthümlich und kann nicht einfach nach den Verpflichtungen beurtheilt werden, welche der Gläubiger bei der gewöhnlichen Bürgschaft gegenüber dem Bürgen hat. Dagegen darf hier die Analogie des Versicherungsvertrages herbeigezogen werden; denn hier wie dort ist die Gefahr, von deren Eintritt der Schaden, gegen welchen sich der eine Contrahent sichern will, — abhängt, durch äußere Ereignisse bedingt, welche in hohem Grade durch sein eigenes Thun und Lassen beeinflußt werden. Der Versicherungsvertrag wird beherrscht durch den Grundsatz des von beiden Theilen zu beobachtenden guten Glaubens (der bona fides), sowie einer den Umständen des einzelnen Falles gehörig Rech-

nung tragenden Billigkeit, insbesondere aber muß berücksichtigt werden, daß es ebenso widersinnig ist, von einem Versicherten zu verlangen, daß er den Eintritt der Gefahr, gegen welche er durch den Vertrag gesichert sein will, durch Anwendung peinlichster Sorgfalt sozusagen unmöglich mache als ihn jeder Verantwortlichkeit dafür zu entbinden, daß die Gefahr durch eigene Fahrläßigkeit herbeigeführt werde. Wenden wir diese Grundsätze auf die Amtsbürgschaft an, so wird es nicht schwer halten, in jedem einzelnen Falle, wo die Amtsbürgen die Zahlungspflicht bestreiten, weil eine bessere Kontrolle des Beamten durch den Hauptschuldner den Schaden verhütet hätte, zu entscheiden, ob diese Bestreitung im Rechte begründet ist.

2. Auch die Gerichtspraxis hat in dieser Beziehung bereits einige feste Normen geschaffen. So sagt ein im Rechenschaftsbericht des Obergerichtes vom Jahre 1880 unter No. 39 abgedrucktes Präjudiz, der Geschäftsherr dürfe nicht durch nachlässige Beaufsichtigung seines Angestellten denselben zu Veruntreuungen „*veranlassen*". Die Frage, welches Maaß von Beaufsichtigung im einzelnen Fall als ausreichend zu taxiren sei, könne nicht allgemein beantwortet werden, maßgebend seien allfällige, für die betreffende Anstellung verbindliche Dienstvorschriften und Verordnungen oder wo solche nicht bestehen oder sich als durchaus ungenügend herausstellen, das Verfahren eines sorgfältigen mit den Obliegenheiten des betreffenden Angestellten vertrauten Geschäftsherrn, wobei es dem Richter zukomme, mit oder ohne Hülfe von Sachverständigen sich darüber auszusprechen, worin dieses Verfahren bestehe. Und in einem im Rechenschaftsbericht vom Jahre 1881 unter No. 35 abgedruckten Präjudiz wurde der Satz ausgesprochen, daß die Amtsbürgen kein größeres Maß von Sorgfalt in der Beaufsichtigung der Beamten beanspruchen dürfen, als dasjenige, welches nach den bestehenden Gesetzen und Verordnungen den Staatsorganen vorgeschrieben ist, daher darauf nichts ankomme, daß das bestehende Kontrollsystem mit Mängeln behaftet sei.

3. Im vorliegenden Falle bestunden bezüglich der Kontrolle des Holzdepôtverwalters gar keine reglementarischen Vorschriften; denn in dem Regulativ (Akt 4) ist einzig gesagt, der Holzdepôtverwalter stehe direkt unter dem Stadtforstmeister und dessen Centralbureau. Allein schon der Umstand, daß eine Kontrollbehörde vorhanden und neben dem Forstmeister auch noch das Centralbureau als eine Rechnungsstelle als solche bezeichnet ist, zeigt, daß man es mit einem Beamten zu thun hat, der jedenfalls einer gehörigen Kontrolle unterworfen sein sollte. Es kommt hinzu, daß der Holzdepôtverwalter ein untergeordneter Verwalter und daß ihm eine Kasse anvertraut ist. Unter diesen Umständen muß als selbstverständlich betrachtet werden, daß die Kontrolle zum Mindesten darin zu bestehen hatte, daß man von Zeit zu Zeit die Kasse verificirte, d. h. die vorhandene Baarschaft zählte und mit dem Ergebniß der Buchführung verglich. Es steht auch fest, daß solche Kassastürze stattfanden, aber nicht zur Entdeckung der Unterschlagungen führen konnten, weil eben die Bücher nicht wahrheitsgetreu geführt waren. Nur wenn die letztern ebenfalls verificirt, d. h. die Debitoren der noch ausstehenden Guthaben angefragt worden wären, ob sie bereits bezahlt haben, hätte die Unterschlagung früher entdeckt und dadurch der eingetretene bedeutende Schaden verhindert werden können. Es leuchtet nun aber sofort ein, daß eine derartige Kontrolle nicht übungsgemäß ist und es kann sich daher höchstens fragen, ob nicht besondere Momente die Kontrollbehörden hätten veranlassen sollen, Verdacht zu schöpfen, daß Boßhardt die eingegangenen Zahlungen absichtlich nicht eintrage, weil er dieselben unterschlagen habe, denn wenn sie genügende Anhaltspunkte für einen solchen Verdacht hatten, so war es allerdings ihre Pflicht, eine solche Prüfung vorzunehmen. Ein sachbezügliches Verdachtsmoment lag nun jedenfalls nicht darin, daß Boßhardt schon bei Beginn seiner Amtsthätigkeit 650 Frkn. unterschlagen hatte; denn gerade der Umstand, daß er anstatt diese Unterschlagung durch Fälschung der Bücher zu verdecken, dieselbe offen eingestand, indem er einen Zeddel in die Kasse legte, auf welchem er sich mit diesen 650 Frkn. belastete, konnte

den Verdacht der Fälschung der Bücher nicht aufkommen lassen. Ebensowenig berechtigten hiezu kleinere Differenzen in der Eintragung der stattgefundenen Zahlungen oder die gänzliche Unterlassung solcher, da bekanntlich derartige Unregelmäßigkeiten bei jedem Buchhalter, besonders wenn derselbe, wie Boßhardt, kein gelernter Kaufmann ist, vorkommen können. Etwas auffallender ist der Additionsfehler von 1000 Fr., welcher sich bei der Prüfung vom 23./24. Juni 1885 in den Büchern ergab, allein da sich beim Kassasturz vom 8. August der richtige Saldo in der Haupt- und Differenzkasse vorfand, so konnte auch hieraus kein bestimmter Verdacht auf Unterschlagung geschöpft werden. Auch das Anwachsen der ausstehenden Guthaben auf 14,148 Fr. 50 gestattete noch keinen solchen Schluß und wenn dennoch unterm 15./16. Oktober wirklich eine Verification der bis 1. Juli 1885 ausstehenden Posten stattfand, so beruhte diese Maßregel nicht auf Mißtrauen gegen die Ehrlichkeit des Boßhardt, sondern auf der Ansicht, daß derselbe aus Nachlässigkeit die Bücher nicht führe. Ueberhaupt befanden sich die Kontrollbeamten gewiß in gutem Glauben, wenn sie bis zum 30. November 1885 der Ansicht waren, die Unregelmäßigkeiten der Buchführung Boßhardts beruhen lediglich auf Nachlässigkeit, am 30. November aber war die Unterschlagung mit einer ganz kleinen Ausnahme bereits vollständig verübt. Bei dieser Anschauung sind sowohl die Controllbehörden als die Stadtgemeinde Zürich, welche allerdings nach Art. 62 resp. 115 des O.-R. für die Fahrlässigkeit der erstern aufzukommen hätte, genügend entlastet, wenn sie auch die Verification der sämmtlichen ausstehenden Guthaben, welche allein zu rechtzeitiger Entdeckung der Unterschlagungen hätte führen können, nicht rechtzeitig vornahmen. Die Amtsbürgen können daher mit der Einrede mangelhafter Kontrolle die vertragliche Pflicht der Deckung des Schadens nicht von sich abwälzen.

4. Ebenso wenig können sie darauf eine Einrede gründen, daß man ihnen die frühern Unregelmäßigkeiten nicht anzeigte; denn zu einer solchen Anzeige bestand für die Klägerin keine Rechtspflicht.

5. Endlich ist auch die eventuelle Einrede, daß ein Theil der Unterschlagungen von Boßhardt erst nach seiner am 31. Dezember 1885 stattgefundenen Entlassung begangen worden sei, unbegründet. Es braucht nicht einmal untersucht zu werden, ob die Haft der Bürgen nicht auch noch bis 28. Februar 1886, d. h. bis zur Wiederbesetzung der Stelle fortgedauert habe, denn Boßhardt hat in der Strafuntersuchung eingestanden, daß alle seine Unterschlagungen vor jene Zeit fallen mit Ausnahme einiger unbedeutender Posten, wo die Angabe des Inkassozeitpunktes gänzlich mangelt und wo es daher Sache der Beklagten gewesen wäre, das Gegentheil zu behaupten und nachzuweisen.

Verjährung

von Ansprüchen aus vormundschaftlicher Verwaltung.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 8. Oktober 1887.

Ein Johannes Hüni in Horgen gerieth im Februar 1867 in Konkurs und es wurden deßhalb seine Frau und Kinder unter öffentliche Vormundschaft gestellt. Der Vormund Heinrich Hüni, Bruder des Konkursiten, stellte vorschriftsgemäß alle 2 Jahre Rechnung und zwar im Mai 1869, 1871, 1873 und 1875. Die am 5. Mai 1875 gestellte Rechnung war die Schlußrechnung, denn weil Johannes Hüni im November 1874 rehabilirt worden und folglich wieder in seine vormundschaftlichen Rechte gegenüber Frau und Kinder eingetreten war, mußte die öffentliche Vormundschaft aufgehoben werden. Die gemeindräthliche Genehmigung der Schlußrechnung, welche ein reines Vermögen der Bevormundeten von 718 Fr. 35 Rp. als laufendes Guthaben auf den Vormund zeigt, erfolgte am 26. Juni 1875 und es ist in dem bezüglichen Beschlusse, anlehnend an die Verfügung, daß die Vormundschaft aufgehoben werde, gesagt: „Den Bevormundeten sind die Bestimmungen der §§ 432 und 433 des Civilgesetzes speziell zur Kenntniß zu bringen." Der Bezirks-

rath genehmigte die Rechnung am 26. Juli 1875.

Am 5. Februar 1885 starb der ehemalige Vormund Heinrich Hüni. Zwei Jahre später und 12 Jahre nach Aufhebung der Vormundschaft, nämlich im April 1887, belangten sodann die frühern Vögtlinge die Erben ihres ehemaligen Vormundes auf Herausgabe des angeblich noch nie zurückempfangenen Vermögens. Sie bestritten eine ganze Reihe in den verschiedenen Rechnungen enthaltenen Ausgabeposten und konstruirten so einen neuen Schlußsaldo, dessen Bezahlung sie verlangten. Ein eventuelles Begehren ging dahin, daß die Beklagten wenigstens zur Bezahlung des in der Schlußrechnung angeführten kleinern Saldos angehalten werden. Die letztern machten geltend, daß dieser Saldo längst bezahlt sei, konnten aber die Zahlung nicht beweisen. Ihre Haupteinrede war daher diejenige der Verjährung und zwar stützten sie dieselbe zunächst auf den § 432 des P.-R. G.-B., welcher lautet: „Der gewesene Vögtling ist verpflichtet, binnen Jahresfrist, von der abschriftlichen Mittheilung der Schlußrechnung an gerechnet, entweder die vormundschaftliche Verwaltung gutzuheißen und sowohl den Vormund als die Mitglieder der Vormundschaftsbehörden ihrer Verantwortlichkeit zu entschlagen oder seine Aussellungen geltend zu machen.“ Eventuell wurde auch die 10jährige Verjährung geltend gemacht (§ 1064 des P.-R. G.-B.). Die Kläger replizirten, daß die Verjährung des § 432 deßwegen nicht eingetreten sei, weil eine schriftliche Mittheilung der Schlußrechnung an sie gar nie stattgefunden habe und daß die 10jährige Verjährung vernünftiger Weise nicht in Frage kommen könne, so lange die einjährige des § 432 noch nicht einmal begonnen habe. Ueberdem sei zu berücksichtigen, daß es sich hier um einen *familienrechtlichen* Anspruch handle und ein solcher, soweit nicht der § 432 zur Anwendung komme, überhaupt nicht verjähre.

Die Appellationskammer des Obergerichtes entschied dahin, dass das Recht der Kläger zur Anfechtung der einzelnen Vogtrechnungen und Einklagung derjenigen Summe, welche sich aus ganzer oder theilweiser Begründeterklärung jener Anfechtung zu ihren Gunsten ergebe, nicht verjährt sei, wohl aber der Anspruch auf Zahlung des in der Schlussrechnung gezeigten Saldos.

Gründe:

1. Die zunächst streitige Frage, ob die Ansprüche der Kläger aus der vom Rechtsvorfahren der Beklagten innegehabten vormundschaftlichen Verwaltung verjährt seien, ist nach der Natur jener Ansprüche verschieden zu beurtheilen. Das Hauptbegehren ist gerichtet auf Bezahlung eines Saldos beziehungsweise Aushingabe des bei Beendigung der Vormundschaft vorhandenen Vermögens der Vögtlinge, welches sich ergibt nach Richtigstellung der vom Vormund gestellten Rechnungen. Der Angriff der Kläger geht also hier in erster Linie gegen die Rechnungsstellung selbst. Eventuell wird wenigstens Ausbezahlung des Saldos verlangt, wie ihn die Schlußrechnung vom 5. Mai 1875 im Betrage von 718 Fr. 85 zeigt und von welchem bestritten wird, daß er den gewesenen Vögtlingen damals übergeben worden sei.

2. Für die Anfechtungsklage, welche dem in der Weisung gestellten Rechtsbegehren zu Grunde liegt, setzt das privatrechtliche Gesetzbuch in den §§ 432 und 433 eine besondere Verjährungsfrist von einem Jahre fest, gerechnet von der abschriftlichen Mittheilung der Schlußrechnung an, daß die Möglichkeit der Anfechtung aber nicht bloß mit Beziehung auf die Schlußrechnung, sondern auch auf alle vorhergegangenen Vogtrechnungen gegeben ist, versteht sich wohl von selbst; letztere bilden die Grundlage der erstern; sie werden dem Vögtling während der Dauer der Vormundschaft nicht zur Einsicht übermittelt; es besteht für ihn dannzumal auch kein Recht, Ansprüche an den Vogt und die Vormundschaftsbehörden aus fehlerhafter Geschäftsführung zu erheben, vielmehr wird dieses Recht erst mit Beendigung der Vormundschaft erworben und muß sich deßhalb, um wirksam zu sein, auf die ganze Verwaltung erstrecken können.

3. Es ist nun im einzelnen Falle zu prüfen, ob die Voraussetzungen zutreffen, von welchen

der Eintritt der Verjährung abhängt und insbesondere, ob und von welchem Zeitpunkt an diese zu laufen begonnen habe. In dieser Richtung ist der aus seiner Verwaltung belangte Vormund hauptbeweispflichtig, weil er es ist, welcher sich der ihm durch das Gesetz auferlegten Verantwortlichkeit dadurch entschlagen will, daß er die Einrede der Verjährung vorschützt. Nun ist aber nach dem klaren Wortlaut des § 432 der Beweis dafür, daß die Verjährung überhaupt jemals begonnen, identisch mit demjenigen, daß die abschriftliche Mittheilung der Schlußrechnung an die gewesenen Vögtlinge stattgefunden habe. Dieser Beweis ist nicht erbracht und kann auch nicht erbracht werden. Eine Vermuthung, daß die Mittheilung erfolgt sei, besteht keineswegs, sie ist namentlish nicht schon durch das Dispositiv des waisenamtlichen Beschlusses begründet, worin verfügt wird, daß die Vögtlinge auf die §§ 432 und 433 aufmerksam zu machen seien und würde übrigens den im Sinne des Gesetzes erforderlichen strikten Beweis auch nicht ersetzen. (Vergl. O.-R.-B. vom Jahre 1877, No. 47.)

Nach dem Gesagten ist die Einrede der Verjährung, soweit sie aus den §§ 432 und 433 abgeleitet wird, zu verwerfen. Es hat dieß zur Folge, daß die Kläger mit ihren Ausstellungen hinsichtlich der Vogtrechnungen noch zu hören sind und als berechtigt erscheinen, einen auf Grundlage einer neuen Abrechnung sich allfällig ergebenden Saldo geltend zu machen, indem davon auszugehen ist, daß für diesen allerdings obligatorischen Anspruch die 10jährige Verjährung erst vom Zeitpunkte der neuen berichtigten Rechnungsstellung an zu laufen beginne. *Dagegen sind von diesem, noch zu ermittelnden Betreffniss die 718 Fr. 35 in Abrechnung zu bringen,* weil der Anschauung der Beklagten beizutreten ist, daß in der That Verjährung vorliegt mit Rücksicht auf die Forderung auf Auszahlung des Saldos der Schlußrechnung vom 5. Mai 1875, welcher Saldo in dem in der Weisung geforderten Betrage inbegriffen ist.

5. Es handelt sich hier um den auf den § 430 des P.-R. G.-B. gegründeten Ansspruch des Vögtlings auf Herausgabe des Vermögens nach beendigter Vormundschaft; dieser Anspruch ist als ein rein obligatorischer und nicht, wie klägerischerseits ausgeführt wird, als ein familienrechtlicher aufzufassen und es greift dafür, da eine kürzere Verjährungsfrist im Gesetze nicht ausdrücklich statuirt ist, die gewöhnliche von 10 Jahren Platz (§ 1064). Für die entgegengesetzte Auffassung der Kläger, daß man bei derartigen Rechtsansprüchen von Verjährung überhaupt nicht sprechen könne, dürfte zwar vielleicht auf den Wortlaut des § 1064 selbst verwiesen werden, wonach als laufende Forderungen solche anzusehen sind, welche auf Vertrag oder einem andern obligatorischen Rechtsgrunde beruhen. In der That weist der Anspruch auf Herausgabe des in vormundschaftlicher Verwaltung gelegenen Vermögens seinem Ursprunge nach auf ein Rechtsverhältniß hin, welches wenigstens im zürcherischen Gesetze dem Abschnitt über Familienrecht einverleibt ist, allein aus dieser Thatsache folgt keineswegs, daß dem Anspruche an sich die Eigenschaft eines familienrechtlichen zukomme. Gewiß ist auch ein familienrechtliches Verhältniß geeignet, rein obligatorische Verpflichtungen zu begründen und eine solche ist diejenige des Vogtes auf Herausgabe des Vogtgutes, gleichviel ob man diese Verbindlichkeit mit Wintscheid (Pandekten) mit der privatrechtlichen Stellung des Mandatars oder negatiorum gestors in Beziehung bringt oder ob man davon absieht, Analogien im Obligationenrecht dafür namhaft zu machen. Mit der Beendigung der vormundschaftlichen Verwaltung hören alle und jede familienrechtlichen Beziehungen zwischen Vormund und Mündel auf, der erstere verliert allen Einfluß auf die Erziehung und Lebensstellung des letztern, kurz es erlischt gerade diejenige Thätigkeit des Vormundes, durch welche er im ethischen Sinne der Familienzusammengehörigkeit als Stellvertreter der väterlichen Gewalt erscheint. Was übrig bleibt, ist die Thatsache, daß er noch im Besitze des Vermögens ist, das bisanhin in seiner Verwaltung gelegen hat, das nicht ihm, sondern dem Vögtling zugehört und wodurch er ungehörig bereichert würde, wenn er sich dasselbe aneignen würde. Daraus folgt von

selbst die übrigens durch Gesetz ganz speziell normirte Verpflichtung zur Herausgabe, welche nach dem Gesagten einen, von den frühern Pietätsbeziehungen zwischen Vormund und Mündel durchaus unabhängigen, rein obligatorischen Charakter hat. Dafür, daß diese Auffassung der zürcherischen Gerichtspraxis entspricht, darf übrigens mit der ersten Instanz auf die Entscheidungen verwiesen werden, welche sich auf die rechtliche Qualität von Muttergutsforderungen, also auf ein dem vorliegenden durchaus analoges Verhältniß beziehen.

Es wäre allerdings auch die Anschauung gedenkbar, daß der § 430 des P.-R. G.-B. dem Vögtling geradezu eine dingliche Klage einräume und diese Voraussetzung trifft unzweifelhaft dann zu, wenn konstatirt ist, daß das in Verwaltung gelegene Vermögen aus bestimmten, selbständigen Objekten, Liegenschaften, Fahrhaben, Werthschriften oder einer unausgeschiedenen, separat aufbewahrten Baarschaft bestehe. Allein diesen Standpunkt haben die Kläger selbst nie eingenommen, sie treten nicht mit einer Vindikations-, sondern mit einer einfachen Forderungsklage auf, davon ausgehend, daß ihnen ein Rechnungssaldo zukomme, welcher gegenwärtig noch im Vermögen des Rechnungsstellers liege; in der That läßt sich der Schlußrechnung vom Jahre 1875 auch nicht entnehmen, daß der sogenannte Saldo, von der in der letzten Rechnungsperiode angefallenen Erbschaft herrührend, je verzinslich angelegt worden sei und die Vermuthung spricht auch nicht dafür, daß, — dessen Nichtrückzahlung vorausgesetzt, — derselbe seither separat aufbewahrt und verwaltet worden sei.

Nimmt man an, der in Frage stehende Anspruch unterliege der Verjährung, so kann im Fernern nicht bezweifelt werden, daß dieselbe zur Zeit der Klageinleitung bereits beendigt war. Der Beginn der Verjährungsfrist fällt zusammen mit dem Zeitpunkt, in welchem die Anstellung der Klage zuerst rechtlich möglich war (§ 1065 des P.-R. G.-B.). Diese Voraussetzung trifft hier zu mit dem Moment der Beendigung der Vormundschaft, denn diese Thatsache begründete ohne Weiteres das in § 430 des P.-R. G.-B. festgestellte Klagerecht und daß die Kläger s. Z. von der Aufhebung der Vormundschaft Kenntniß erhalten haben, läßt sich vernünftigerweise nicht bezweifeln und ist überdieß durch den waisenamtlichen Rechnungsabschied bewiesen, wonach jene zur Abnahme der Schlußrechnung vorgeladen waren, jedoch unentschuldigt ausgeblieben sind. Die 10 Jahre, von 1875 angerechnet, waren im Zeitpunkt der Klageinleitung längst abgelaufen.

Erbrechtliches.

Der auf Grund von § 2049 des P.-R. G.-B. an Stelle seines, wegen Fallitenzustandes enterbten Vaters zum Erben eingesetzte Enkel kann die unbeschwerte Aushingabe der Hälfte seines Erbtheils von dem mit der lebenslänglichen Nutznießung am ganzen Nachlaß testamentarisch bedachten überlebenden Ehegatten des Erblassers auf Grund des § 2039 des P.-R. G.-B. schon dann verlangen, wenn sein enterbter Vater volljährig geworden oder in die Ehe getreten ist und nicht erst mit dem Momente, in welchem diese Verhältnisse in seiner Person eingetreten sind. Legitimation zur Klage. (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 1. Oktober 1887.

Eine Frau Hürlimann geb. Pfenninger legirte ihrem Ehemann mit Testament vom 11. Dezember 1880 den zehnten Theil an ihrer dereinstigen reinen Verlassenschaft zu Eigenthum und an den übrigen $^{9}/_{10}$ die lebenslängliche Nutznießung (§ 2039 des P.-R. G.-B.). In einem zweiten Testament vom 8. Mai 1883 verordnete sie, daß ihr einziger Sohn Julius wegen Fallitenzustandes und Verletzung der gebührenden Rücksichten gegenüber seinen Eltern zu Gunsten seines Sohnes, des Enkels der Testatorin und allfällig weiterer Kinder desselben vom Erbrecht gänzlich ausgeschlossen sein soll.

Am 16. März 1884 starb Frau Hürlimann und der überlebende Ehemann nahm den Nachlaß theils als Eigenthümer, theils als Nutznießer in Empfang und blieb auch längere Zeit im ungestörten Besitze. Der Sohn

Julius focht weder das eine noch das andere der beiden Testamente an. Schließlich kamen nun aber die Vormundschaftsbehörden und verlangten Namens des an Stelle seines enterbten Vaters getretenen, noch minderjährigen Enkels vom überlebenden Ehemann und Großvater Aushingabe der Hälfte des Nachlasses, abzüglich des dem letztern zu Eigenthum testirten $^1/_{10}$. Dieses Begehren wurde darauf gestützt, daß der klagende Enkel gemäß Testament und § 2049 des P.-R. G.-B. vollständig in die erbrechtliche Stellung seines Vaters eingetreten sei, folglich auch alle Rechte geltend machen könne, welche dieser im Falle der Nichtenterbung hätte geltend machen können und zu diesen nun auch das aus § 2039 folgende, dahin gehende Recht gehöre, daß sich die Nutznießung des Beklagtem vom Momente der Volljährigkeit und Verehelichung seines Sohnes an auf die Hälfte des Erbtheils beschränke. Der Beklagte bestritt dem Kläger zunächst die Legitimation zur Sache, diese wäre nur seinem Vater zugestanden. Dann aber machte er hauptsächlich geltend, daß der Kläger sein Begehren nicht auf die Volljährigkeit und Verehelichung seines Vaters stützen dürfe, sondern nur seine eigene Volljährigkeit oder Verehelichung als Klagefundament geltend machen könnte.

Der Klaganspruch wurde gutgeheißen.

Gründe:

1. Vom Beklagten ist in erster Linie die Sachrechtfertigung des Klägers bestritten und auf Grund früherer gerichtlicher Entscheidungen (abgedruckt in Ullmer, Commentar No. 3566 und Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. V pag. 349) geltend gemacht worden, als „eigentlicher Erbe“ sei trotz des Testamentes vom 8. Mai 1883 der Sohn Julius Hürlimann anzusehen und nur diesem würde es zukommen, gestützt auf die Vorschrift des § 2039 des P.-R. G.-B., die Rechtsbeständigkeit der Verfügung, nach welcher der Beklagte die lebenslängliche Nutznießung am Nachlasse seiner Ehefrau haben soll, anzufechten. Die Einwendung hält aber nicht stich. Allerdings findet sich in jenen frühern Entscheiden das Recht des Notherben, Testamentsbestimmungen, welche ihn von der Ausübung des gesetzlichen Erbrechts auszuschließen, anzufechten, als ein persönliches Recht bezeichnet, aber keineswegs in dem Sinne, daß er stets zunächst von selbst Erbe werde und daß wenn er durch letztwillige Verfügung des Erblassers von der Erbschaft ausgeschlossen sei und an die Stelle der Intestaterbfolge die Testamentserbfolge trete, die Eigenschaft als Erbe bei ihm zurückbleibe, sondern lediglich auf Grund der Rechtsanschauung, daß das Recht, die Enterbung anzufechten, nicht ein Vermögensstück des Betreffenden bilde, sondern auf Genugthuung gerichtet sei und daher insbesondere unter keinen Umständen von den Gläubigern des Enterbten zu ihrer Befriedigung in Anspruch genommen werden dürfe. In jenen Entscheiden findet sich im Gegentheil die vom Beklagten aufgestellte Ansicht, daß ein Notherbe, auch wenn er durch letztwillige Verfügung des Erblassers vom Erbrecht ausgeschlossen und an seiner Stelle eine dritte Person als Erbe eingeseszt sei, zuerst von selbst Erbe werde und als solcher allein berechtigt sei, wie die Enterbung selbst, so auch Verfügungen, durch welche, falls er wirklich Erbe geworden wäre, seine erbrechtlichen Ansprüche als verletzt erscheinen würden, anzufechten, — als unrichtig bezeichnet und gesagt, daß durch die Enterbung die Intestaterbfolge ganz ausgeschlossen sei und an deren Stelle bezüglich der Nachlaßquote, welche nach jener der Enterbte zu beanspruchen gehabt hätte, die Testamentserbfolge trete.

2. Hienach und da der Sohn Julius Hürlimann nie auch nur versucht hat, die Gültigkeit des Testamentes vom 8. Mai 1883 anzufechten, ist davon auszugehen, er sei nie Erbe des mütterlichen Nachlasses geworden, sondern in Folge seiner in jenem Testament ausgesprochenen Enterbung zu Gunsten seines Sohnes, des Klägers, dieser letztere und nur dieser sei demnach befugt, über die Gültigkeit des Testamentes vom 8. Mai 1883 einen gerichtlichen Entscheid nachzusuchen.

3. Zur Sache selbst hat der Behlagte eingewendet: Gesetzt, man gehe davon aus, daß der Kläger direkt Erbe seiner Großmutter geworden sei, so finde auch bei ihm als

Nachkommen der Erblasserin die Vorschrift des § 2039 des P.-R. G.-B. Anwendung und müsse er, so lange er minderjährig sei und nicht in die Ehe trete, den Beklagten im Besitz der Nutznießung *des ganzen* großmütterlich Nachlasses lassen; von einer Verletzung des Pflichttheiles könne hienach wenigstens zur Zeit nicht gesprochen werden.

4. Dieser Einwendung steht indessen der klare Inhalt des § 2049 des P.-R. G.-B. entgegen. Diese Bestimmung kann, wenn auch im Testament vom 8. Mai 1883 zur Rechtfertigung der Enterbung des Sohnes Julius „hauptsächlich" auf die ihm zur Last fallende Verletzung der den Eltern schuldigen Rücksichten abgestellt ist (§ 2042), doch zu Gunsten des Klägers Anwendung finden, da im Testament neben dem angeführten Enterbungsgrund als solcher auch erwähnt ist, daß der Sohn Julius in Konkurs gerathen sei und voraussichtlich im Aktivbürgerrecht werde eingestellt werden und nicht einmal behauptet worden ist, daß diese Vermuthung der Erblasserin sich dann nicht verwirklicht habe; durch dieselbe wird aber speziell für den Fall, als die Enterbung des Notherben, wie dieß hier geschehen, gestützt auf dessen Fallitenzustand ausgesprochen wird, der Erblasser im fernern berechtigt erklärt, an Stelle des Enterbten dessen Kinder eintreten zu lassen; es sollen also, falls der Erblasser von dieser Befugniß Gebrauch macht, nicht nur, wie es sonst nach der Vorschrift des § 2048 im Falle der Enterbung zu halten wäre, die Enkel nach den Regeln des Intestaterbrechts als Nachkommen des Erblassers erben, sondern sie sollen gleich bei Anfall des Nachlasses in alle Rechte und Verbindlichkeiten diesem gegenüber eintreten, welche ohne die Enterbung und Erbeinsetzung dem Sohn zustanden resp. obgelegen hätten (vergleiche Rechenschaftsbericht des O.-G.-B., 1882 No. 31). Nach dem Gesagten braucht sich der Kläger die Nutznießung des Beklagten am großmütterlichen Nachlaß nicht länger und in weiterm Umfange gefallen zu lassen, als sein Vater sich dieselbe, falls er Erbe geworden wäre, hätte gefallen lassen müssen.

Aktivenvermehrungsklage,

gestellt von einer Garantiegenossenschaft, welche die Grundstücke des Gemeinschuldners, deren Schatzungswerth sie den grundversicherten Gläubigern zu $^3/_4$ garantirt, auf der Konkursgant um die Garantiesumme ersteigert hatte, dabei wegen Minderwerth derselben zu Verlust gekommen sein und mit diesem Verlust an der laufenden Masse participiren will. Frage der Aktivlegitimation.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 25. Oktober 1887.

Die Garantiegenossenschaft Dielsdorf kaufte im Konkurse eines ihrer Genossen den vorhandenen Liegenschaftengewerb um den Preis des von ihr garantirten Schatzungswerthes. Sie will indessen nur deßwegen so viel geboten haben, damit nicht eine sofort realisirbare Forderung der grundversicherten Gläubiger gegenüber der Genossenschaft entstehe, wie sie entstanden wäre, wenn die Konkursgant einen geringern Preis als den garantirten Schatzungswerth ergeben hätte. Die Differenz hätte sofort bezahlt und das Geld zur Zahlung von den einzelnen Genossen erhoben werden müssen und dieß wollte die Genossenschaft nach ihrer Darstellung durch das hohe Angebot verhüten. Sie behauptet, daß dieß das gewöhnliche und übliche Verfahren der Garantiegenossenschaften sei und leitet daraus ab, daß ihr der gekaufte Gewerb nur zum wirklichen Verkehrswerth und nicht zu dem ihrer Ansicht nach simulirten höhern Kaufpreis angerechnet werden dürfe. Davon ausgehend und weil der Gewerb bedeutend weniger werth sein soll als der gebotene Preis, betrachtete sich die Garantiegenossenschaft Dielsdorf bezüglich der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem wirklichen Verkehrswerth als Konkursgläubigerin und stellte, nachdem die Konkursmasse eine bezügliche Prozeßführung zuvor abgelehnt hatte, gegenüber drei Personen, mit denen der Gemeinschuldner kurz vor Ausbruch des Konkurses noch Rechtsgeschäfte abgeschlossen hatte, eine Aktivenvermehrungsklage. Sie wurde aber abgewiesen.

Gründe:

1. Die Klägerin stützt die Klage in erster Linie auf § 1019 des privatr. Ges.-Buches. Sie behauptet, sowohl der am 25. November 1886 von Rud. Schlatter mit den Beklagten abgeschlossene Kauf über Heu und Stroh, als die im Dezember 1886 erfolgte Ueberlassung einer Kuh von Seite des Schlatter an den Beklagten Albert Traub sei in der beidseitigen Absicht der Kontrahenten geschehen, die Gläubiger des Schlatter zu schädigen; sie verlange deßhalb im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung, daß die bezeichneten Vermögensstücke ihr als Vertreterin der Konkursmasse heraus gegeben werden.

2. Dieses Begehren ist nun aber schon deshalb abzuweisen, weil die Klägerin zu Stellung desselben nicht legitimirt erscheint. Der § 1019 cit. steht unter dem Abschnitte, welcher vom Konkurse der Gläubiger handelt d. h. diejenigen gesetzlichen Bestimmungen enthält, welche die Rechte und Verpflichtungen derjenigen Kreditoren eines in Konkurs gerathenen Schuldners ordnen, die in der Auffallsmasse Befriedigung für ihre Ansprüche suchen. Zu diesen mit andern Kreditoren konkurrirenden Gläubigern gehört nun aber die Garantiekommission nicht; denn sie hat laut dem Auffallsprotokoll des Schlatter weder während der Eingabefrist noch während der Bedenkzeit eine Forderung angemeldet, wozu dieselbe doch vermöge ihrer Stellung als Garantin bezüglich des Werthes der Liegenschaften des Gemeinschuldners alle Veranlassung gehabt hätte.

3. Wenn man aber auch der Klägerin das Recht zugestehen wollte, die Bestimmung des § 1019 cit. für sich in Anspruch zu nehmen, müßte ihr Klagebegehren gleichwohl für unbegründet erklärt werden aus dem von der ersten Instanz bereits angeführten Grunde, daß, nachdem sie die Liegenschaften des Gemeinschuldners auf der Steigerung um denjenigen Betrag übernommen hat, für welchen sie den grundversicherten Kreditoren vermöge der Garantieverpflichtung aufzukommen hat, von einem für sie eingetretenen Verluste nicht mehr gesprochen werden kann. Darauf kann überall nichts ankommen, aus welchen Rücksichten sie sich habe bestimmen lassen, auf die Liegenschaften nicht weniger zu bieten, als den Betrag der garantirten Summe. Wenn ihr hieraus Nachtheile entstehen, hat sie sich solche selbst zuzuschreiben, und es darf daher auf das Beweisanerbieten dafür, daß sie in Folge der Uebernahme des Heimwesens einen Verlust von mehrern tausend Franken erleide, nicht eingetreten werden, gesetzt auch, es sei solches in der That schon in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung gestellt worden, wie heute vom Vertreter der klägerischen Partei behauptet worden ist.

Schadenersatzanspruch

aus vorzeitiger Auflösung eines Dienstvertrages. Art. 343, 346 und 341 des Oblig.-Rechts.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 12. November 1887.

Im September 1886 stellte die Bauunternehmung für die Pilatusbahn einen Ingenieur mit 400 Fr. monatlichem Salair an, dessen nächste Aufgabe in der Feststellung des Tracé für ein bestimmtes Theilstück der Bahn und in der Vornahme von Vermeßungsarbeiten bestand. Nach der Behauptung des letztern hätte die Anstellung auf die Dauer der Bauzeit stattgefunden, nach der Darstellung der Unternehmung dagegen auf unbestimmte Zeit. Mitte Mai 1887 erkrankte der Ingenieur an einer Lungenentzündung und es erklärten die Aerzte Anfangs Juni 1887 der Unternehmung, daß Patient zur völligen Wiederherstellung jedenfalls mehrerer Monate bedürfe. Unter Berufung auf diese Auskunft schrieb deßhalb die letztere ihrem Angestellten unterm 2. Juni 1887, sie sei unter diesen Umständen genöthigt, einen andern Ingenieur und zwar für längere Zeit zu engagiren und müsse ihm deßhalb zu ihrem Bedauern seine Stelle auf Mitte August 1887 künden. Bis dahin wurde denn auch das Salair bezahlt, der entlassene Ingenieur verlangte aber später, daß ihm sein Gehalt bis am 1. Januar 1888 bezahlt beziehungsweise ihm eine dem

Lohn für die Zeit vom 15. August 1887 bis 1. Januar 1888 gleichkommende Entschädidigungssumme für die vorzeitige Auflösung des für die ganze Baudauer abgeschlossenen Anstellungsvertrages zugesprochen werde. Diese Klage wurde aber abgewiesen und zwar

in Erwägung:

1. daß eine Anstellung für die ganze Baudauer wohl behauptet, aber nicht bewiesen ist und die Verhältnisse denn auch eher für das Gegentheil sprechen;

2. daß, wenn hienach davon ausgegangen werden muß, der Dienstvertrag stelle sich nicht als ein auf bestimmte, sondern auf unbestimmte Zeitdauer abgeschlossener dar, die beklagte Unternehmung denselben laut Art. 343 des O.-R. am 2. Juni 1887 zwar allerdings nicht auf den 15. August, wohl aber auf Ende September, den Ablauf des nächstfolgenden Kalendervierteljahres künden konnte und diese Möglichkeit auch am Entlaßungstag (15. August) noch vorhanden war, weil die Zeit von da bis Ende September immer noch 6 Wochen beträgt;

3. daß die hieraus folgende Annahme, es habe Kläger am 15. August 1887 höchstens das Recht gehabt, noch bis Ende September 1887 im Anstellungsverhältniß zu bleiben, den Schluß begründet, daß eine vorzeitige Auflösung des letztern durch die Beklagte eben auch nur *insoweit* vorhanden ist und demgemäß bloß derjenige Schaden in Frage kommen kann, welcher dem Kläger durch die Entlaßung auf den 15. August anstatt erst auf Ende September 1887 entstanden ist;

4. daß nun aber diese vorzeitige Entlaßung einen Schaden für den Kläger gar nicht zur Folge hatte, weil er selbst *über* den 30. September 1887 hinaus krank war, also auch bei Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis dahin nicht hätte arbeiten können, unter dieser Voraussetzung aber auch keinen Anspruch auf Lohn hatte, weßhalb ihm ein solcher durch die frühere Entlaßung nicht entzogen worden ist. Wenn nämlich der Dienstvertrag auch als ein auf längere Zeit abgeschlossener betrachtet und dem Kläger deßhalb die Vergünstigung des Art. 341 des O.-R. zugestanden werden will, so ist die verhältnißmäßig kurze Zeit, für welche der Dienstpflichtige seinen Lohn nach dieser Gesetzesstelle auch bei Nichtleistung der Dienste wegen Krankheit verlangen kann, im vorliegenden Fall gewiß schon mit dem 15. August 1887 abgelaufen gewesen, zumal ja Kläger schon vom 15. Mai an nicht mehr arbeiten konnte;

5. daß übrigens die Beklagte das Anstellungsverhältniß am 15. August wegen der immer noch andauernden Krankeit des Klägers auf Grund von Art. 346 des O.-R. sogar sofort aufzulösen berechtigt war und wenn davon ausgehend die Frage aufgeworfen wird, ob es sich für diesen Fall nicht dennoch rechtfertige, dem Kläger in Anwendung des Schlußsatzes der citirten Gesetzesbestimmung nach freiem richterlichem Ermessen irgend eine Entschädigung zuzusprechen, auch darauf gewiß nur eine verneinende Antwort gegeben werden kann — Angesichts des schon berührten Umstandes, daß Kläger auch bei Fortdauer des Vertrages bis zum 30. September, d. h. demjenigen Termin, auf welchen er sich die Auflösung gefallen lassen mußte, nichts verdient haben würde.

Zulässigkeit

des Rechtsmittels der Revision gegenüber einem, die aussereheliche Vaterschaft eines Beklagten mit ökonomischen Folgen gemäss den §§ 516 und 517 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes feststellenden Gerichtsbeschluss.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 3. September 1887.

Das Bezirksgericht W. hat einen Vaterschaftsbeklagten auf Grund des ihm vom Friedensrichteramt gemäß § 516 des Gesetzes betr. die Rechtspflege übermittelten Vergleiches durch Beschluß als außerehelichen Vater des von der Klägerin zu gebärenden Kindes erklärt und den Vergleich bezüglich der dadurch bestimmten ökonomischen Leistungen bestätigt. Gegen diesen Beschluß reichte der

Beklagte später ein Revisionsgesuch ein, weil er seit Erlaß desselben erfahren, daß Klägerin während der kritischen Zeit mit einer andern Mannsperson fleischlichen Umgang gepflogen habe. Dagegen wendete die Klägerin ein, das Rechtsmittel der Revision sei hier schon deßwegen ausgeschlossen, weil durch den angefochtenen Entscheid nicht ein Urtheil erlassen, sondern nur die Genehmigung eines von den beiden Parteien über ökonomische Leistungen derselben abgeschlossenen Vergleiches ausgesprochen sei. *Beide Instanzen verwarfen jedoch diese Einwendung, die zweite mit folgender Begründung*:

Der § 714 des Rechtspflegegesetzes sieht in Uebereinstimmung mit dem frühern Prozeßgesetz vom 30. Oktober 1866, §§ 61 u. 267, das Rechtsmittel der Revision nicht nur für Erkenntnisse und Urtheile, sondern auch für rechtskräftige Bechlüsse außerhalb des summarischen Verfahrens als zulässig vor und unter den letztern sind, wie schon in frühern Entscheidungen ausgeführt worden ist (Streuli, Commentar zum Rechtspflegegesetz § 714 Anmerkung 1), Gerichtsbeschlüsse zu verstehen, durch welche ein Vergleich, eine Klaganerkennung oder ein vorbehaltsloser Klageverzicht beurkundet wird (§ 441 des Rechtspflegegesetzes). Es ist auch in der That nicht einzusehen, warum es bei Gerichtsbeschlüssen, durch welche ein Rechtsstreit seine förmliche Erledigung gefunden hat, anders soll gehalten werden als bei Erkenntnissen und Urtheilen; bei den letztern entscheidet des Gericht wesentlich auf Grund desjenigen, was die Parteien im Lauf des Prozesses vorgebracht haben und wenn nun, offenbar in der Absicht, die Auffindung und Feststellung des sachlichen Rechts zu ermöglichen, das Gesetz mit Grund gestattet, daß Thatsachen und Beweismittel, welche zwar schon vor Erlaß des Entscheides vorhanden waren, von der Partei aber erst seither entdeckt worden sind und welche sie daher nicht schon im Lauf des Prozesses hat geltend machen können, nachträglich von ihr benutzt werden, um eine Abänderung des Entscheides zu ihren Gunsten zu bewirken, so sprechen die nämlichen Gründe für die Statthaftigkeit dieses Verfahrens gegenüber Gerichtsbeschlüssen, welche auf Grund eines Vergleiches oder eines Klageverzichtes oder einer Klaganerkennung getroffen worden sind; auch hier rechtfertigt es sich, wenn eine Partei im Stande ist, mit Hülfe von Thatsachen und Beweismttteln, welche sie ohne ihr Verschulden erst nachträglich entdeckt hat, nachzuweisen, daß sie bei Abgabe der Erklärung, welche zum förmlichen, ihr nachtheiligen Beschluß geführt hat, von unrichtigen thatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist und angenommen werden darf, daß sie in Kenntniß des wahren Sachverhaltes jene Erklärung nicht abgegeben hätte, die nachträglich entdeckten Thatsachen und Beweismittel durch Ertheilung von Revision zu berücksichtigen.

Vollends trifft das Gesagte zu, wenn, wie hier, der vom Gericht bestätigte Vergleich nicht nur ökonomische Leistungen, deren Vereinbarung im freien Ermessen der Parteien liegt, zum Gegenstand gehabt hat, sondern auch öffentlich rechtliche Interessen, hier das Bürgerrecht eines außerehelich erzeugten Kindes im Spiele gewesen sind und um dieses Umstandes willen die Willenserklärungen der Parteien zu ihrer Gültigkeit und nach Vorschrift des Gesetzes der gerichtlichen Genehmigung bedurft haben; hier vollends ist der rechtskräftige Gerichtsbeschluß bezüglich seiner Anfechtbarkeit einem Urtheil gleichzustellen, es liegt ja darin die Prüfung und Beurtheilung eines Klaganspruches, die durch die Verständigung der Parteien nur vereinfacht worden ist.

Zur Competenz der Einzelrichter.

Der § 16 des Gesetzes über die Bereinigung der Grundprotokolle, welcher bestimmt, daß Streitigkeiten über die in das neue Protokoll aufzunehmenden Einträge vom Landschreiber nach erfolglosem Sühnversuch ohne Rücksicht auf den Streitwerth immer ans Bezirksgericht gewiesen werden müssen, ist ein Speziellgesetz im Sinne des § 92 des Rechtspflegegesetzes und treten deßhalb nur-

mehr nach Vorschrift des letztern in Streitigkeiten der genannten Art bis auf einen Streitwerth von 200 Frkn. an Stelle der Bezirksgerichte die Bezirksgerichtspräsidenten als Einzelrichter. (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 3. September 1887.)

Anderweitige Auszüge

aus Entscheiden der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

I.

Der Wechselregress Mangels Zahlung setzt auch dann eine gegenüber dem Wechselschuldner persönlich erfolgte Präsentation und Protestation voraus, wenn dieser in Konkurs gerathen ist und genügt desshalb die Präsentation beim Konkursnotar in Verbindung mit dem in einer Protesturkunde enthaltenden Ausspruch desselben, dass wegen über den Wechselschuldner ausgebrochenen Konkurses keine Zahlung in Aussicht stehe, nicht.

C. Dressel in Zürich stellte am 26. November 1886 an die Orde des D. Wälde in Zürich einen Eigenwechsel von 1000 Fr. aus, zahlbar am 5. März 1887. Am 11. Dezember 1886 indossirte der Wechselnehmer Wälde denselben an Blösch & Cie. in Biel. Nicht lange nachher starb Wälde und am 2. März 1887 wurde über dessen Nachlaß der Konkurs eröffnet.

Am Verfalltag wurde der Wechsel von dem damals im Konkurs befindlichen Aussteller Dressel nicht eingelöst und ging deßhalb von der letzten Inhaberin, der zürcherischen Kantonalbank, mit 16 Fr. 50 Kosten belastet an Blösch & Cie. in Biel zurück. Diese meldeten hierauf die Regreßsumme im Konkurs über den Nachlaß ihres Indossanten D. Wälde an, die Ansprache wurde aber bestritten und sowohl vom Konkursrichter als von der Appellationskammer des Obergerichtes abgewiesen, von der letztern

aus folgenden Gründen:

Es steht allerdings fest, daß der Wechsel bei Verfall vom Aussteller nicht eingelöst worden, sondern als unbezahlt mit 16 Fr. 50 Kosten an die Ansprecher zurückgekommen ist. Allein es muß mit dem Konkursrichter angenommen werden, es sei hier nicht in formell gültiger Weise ein Protest erhoben worden und es fehle demnach das Erforderniß, welches nach Vorschrift theils aller andern Wechselrechte, so auch des schweizerischen Obligationenrechts beobachtet sein muß, damit der Wechselregreß auf die Vormänner mit Erfolg ausgeübt werden könne. Während nämlich in Art. 815 Ziff. 3 des O.-R. bestimmt ist, der Wechselprotest müsse enthalten: „die an die Person, gegen welche protestirt wird, gestellte Aufforderung, ihre Antwort oder die Bemerkung, daß sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei,“ findet sich in der vorliegenden Protesturkunde lediglich bemerkt: „Der Notar habe den Wechsel dem Aussteller Dressel vorweisen *sollen*, es sei ihm nun aber von Amtes wegen bekannt, daß über Dressel Konkurs ausgebrochen sei, sodaß Zahlung nicht in Aussicht stehe,“ und es darf aus dieser Bemerkung unbedenklich gefolgert werden, der Notar, welcher von der Kantonalbank als Inhaberin des Wechsels aufgefordert worden war, diesen dem Aussteller Dressel zur Zahlung vorzuweisen und, falls diese nicht erfolge, den Thatbestand in gehöriger Weise festzustellen, habe versäumt, sich zum Aussteller Dressel zu verfügen und ihm durch Vorweisung des Wechsels Gelegenheit zu dessen Einlösung zu geben und habe sich begnügt, gestützt auf die Kenntniß, welche er in seiner Stellung als Konkursbeamter vom Ausbruch des Konkurses über Dressel erhalten hatte, die Protesturkunde in der oben bezeichneten Weise auszustellen. Wie nun aber die neuere deutsche Rechtssprechung die Rechtsansicht aufgestellt hat, es genüge, falls bei Verfall eines Wechsels der Wechselschuldner sich im Konkurse befinde, nicht, daß der Wechsel dem Konkursverwalter zur Zahlung vorgewiesen werde, vielmehr bleibe die Vorschrift geltend, daß die Vorweisung an den Wechselschuldner selbst zu erfolgen habe,

(Reichsoberhandelsgerichtliche Entscheidungen Bd. XXIV S. 22 und Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. II S. 23), so müssen wohl auch die Bestimmungen der Art. 762, 815 und 818 des O.-R. richtig dahin verstanden werden, daß es nicht in der Befugniß eines Notars liegt, sobald er auf Grund amtlicher Beobachtung Gewißheit darüber zu haben glaubt, daß ein dem Schuldner vorzuweisender Wechsel wegen Insolvenz desselben werde unbezahlt bleiben, ohne persönliche Rücksprache mit diesem eine Protesturkunde mit einer dießfälligen Bemerkung auszustellen, sondern daß die Wechsel bei Verfall stets dem Schuldner selbst vorgewiesen werden müssen, gesetzt auch dieser sei im Konkurs (vergl. Commentar von Schneider zum O.-R., Art. 762, Anmerkung 8) und nur eine auf eine solche Vorweisung hin erhobene Protesturkunde kann als ein gültiger Wechselprotest betrachtet werden; diese strengere Rechtsanschauung entbehrt auch keineswegs einer innern Rechtfertigung, es ist ja z. B. nicht ungedenkbar, daß, wenn dem in Konkurs befindlichen Wechselschuldner viel daran liegt, daß ein fälliger Wechsel auf ihn nicht unbezahlt bleibe und daß derselbe nicht mit Kosten auf die Vormänner zurückgehe, er sich von Drittpersonen, ohne auf das seiner Verfügung entzogene eigene Vermögen zu greifen, die zur Honorirung des Wechsels nöthigen Mittel geben läßt.

Nach dem Gesagten ist der abweisende Entscheid des Konkursrichters bezüglich des Wechsels von 1000 Fr. auf Dressel festzuhalten. (1. Oktober 1887.)

II.

Wechselforderung aus Indossament.

Die Zulässigkeit ihrer Geltendmachung im Konkurse des Indossanten trotz des Umstandes, daß der Wechsel erst nach Konkursausbruch auf dem Regreßwege an den Ansprecher zurückgekommen ist.

Im einem Konkurse wies der Konkursrichter eine Wechselregreßforderung ab, weil der Ansprecher den Wechsel erst nach Konkursausbruch auf dem Regreßwege zurückerhalten und seinen Forderungstitel erst damit erworben habe. *Diese Entscheidung wurde indess zweitinstanzlich aufgehoben.*

Gründe:

Die Forderung des Rekurrenten beruht auf dem Indossament des Konkursiten, welches vor dem Konkursausbruch gegeben wurde. Wenn auch der Wechsel weiter begeben und erst nach Konkursausbruch auf dem Regreßwege wiederum an den Rekurrenten zurückgelangt ist, so erwarb er damit nicht eine neue Forderung, sondern es lebte damit einfach sein in der Schwebe gebliebenes Rechtsverhältniß zu den Nachmännern wieder auf und es sind nach unserm Gesetze auch solche noch schwebende Ansprüche im Konkurse zu berücksichtigen. (Wächter, deutsches Wechselrecht § 120, Anmerkung 35, — Konkursgesetz § 135, Ziffer 4.) Hienach ist die Ansprache gutzuheißen. (6. August 1887.)

III.

Verbindlichkeiten einer aufgelösten gemeinen Gesellschaft sind gegenüber den verpflichteten Mitgliedern an ihrem Wohnorte und nicht am frühern Sitz der Gesellschaft einzuklagen.

In einer Rechtssache, in welcher einzelne Mitglieder einer frühern gemeinen Gesellschaft auf Erfüllung gewisser, von dieser eingegangener Verbindlichkeiten angehalten wurden, ist entschieden worden, die Beklagten seien an ihrem Wohnorte und nicht am frühern Sitz der Gesellschaft zu belangen, denn die gemeine Gesellschaft sei kein selbständiges, von den Persönlichkeiten der dem Gesellschaftsverband angehörenden Einzelpersonen losgelöstes Rechtssubjeht, sie erwerbe als solche weder Rechte, noch werde sie verpflichtet; vielmehr entstehen im Verkehr nach außen nur vertragliche Beziehungen zwischen den Drittpersonen und den kontrahirenden Gesellschaftern beziehungsweise nach den Grundsätzen über Stellvertretung mit den Gesellschaftern überhaupt. (Arndts, Pandekten § 318, Dernburg, Preußisches Privatrecht, § 211, Zürcherisches Privatrecht, § 1246, Obl.-R. Art. 543.) (5. Juli 1887.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

31. Dezember 1887. VI. Band. № 24.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Auszug
aus einem
schiedsgerichtlichen Urtheil
vom 14. September 1887
in Sachen Achtnich ca. Rubli.

Schadenersatzanspruch eines Gesellschafters gegenüber dem gewesenen Mitgesellschafter aus dem Titel vorzeitiger schuldhafter Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses durch den letztern. Zur Frage der Rechtskraft der Entscheidungsgründe eines Urtheils.

Der Strumpfwaarenfabrikant J. Rubli, welcher vorher, — unterstützt durch Geldmittel von Fritz Rieter-Bodmer, — in Winterthur ausschließlich auf seine Rechnung ein Strickwaarengeschäft (Fabrikation und Handel) unter der Firma Rubli & Cie. betrieben hatte, schloß am 1. August 1883 mit Walter Achtnich einen Gesellschaftsvertrag ab auf die Dauer von 10 Jahren, vom 1. Oktober 1883 an gerechnet. Die Firma der Collectivgesellschaft wurde bezeichnet: J. Rubli und Achtnich". Rubli überließ dem Geschäft als Einlage das vorhandene Waarenlager nebst Maschinen, Utensilien und ausstehenden Guthaben. Der Werth dieser Einlage wurde auf circa 60,000 Fr. geschätzt, im Uebrigen aber bestimmt, daß eine genaue Inventaraufnahme stattfinden soll. Achtnich verpflichtete sich zu einer Baareinlage von 80,000 Frcs. Anfangs September 1883 trat er auf dem Bureau Rublis ein, um sich mit der Natur des Geschäftes bekannt zu machen, seine Stellung als Associé begann indeß erst am 1. Oktober 1883. Die Einlage von 80,000 Frkn. wurde successive geleistet, Achtnich hatte das Geld von seinem Schwiegervater Glitsch erhalten. Zwischen den beiden Contrahenten war verabredet, das Geschäft, welches sich bisher nur mit der Strickwaarenbranche befaßt hatte, durch Aufnahme von Fabrikation und Handel mit Wirkwaaren zu ergänzen. Als Absatzfeld hiefür hatten sie England im Auge. Die Einführung dieser Branche erforderte neue Maschinen und um diese zu bestellen, reiste Achtnich im Novembnr 1883 im Begleite seines Schwiegervaters nach England. Schon im März 1884 scheint es dann aber schwer geworden zu sein, die für richtige Einrichtung und Betreibung des neuen Fabrikationszweiges erforderlichen Mittel aufzubringen, was Rubli dem Achtnich mit Brief vom 13. März mittheilte. Für den letztern antwortete dessen Schwiegervater Glitsch am 26. März 1884, dahin gehend, daß er seinem Schwiegersohn eine Vermehrung des Einlagekapitals nicht anrathen könne, sondern im Gegentheil wünschen müsse, daß dasselbe von 80,000 auf 60,000 Fr. reduzirt würde, wogegen er, Glitsch, dann bereit wäre, der Firma ein Darlehen von 40,000 Fr. zu machen. Während das alte Geschäft nach allen Darlegungen Rublis als ein gut situirtes, rentables habe angesehen werden müssen, zeige sich nun das Gegentheil und haben die 80,000 Fr., obgleich ausschließlich für die neue Branche bestimmt, bereits zur Hälfte für den Betrieb des alten Geschäftes verwendet werden müssen. Statt 60,000 Fr. betrage Rublis im Geschäft verantwortliches Kapital, wie sich ergebe, bloß 18,000 Fr., weil er dem Herrn Rieter 43,000 Fr. schulde und zudem zeige das Inventar noch dubiose und übersetzte Posten. In seiner Antwort vom 3. April 1884 wies Rubli das Ansinnen um Reduktion der Einlage Achtnichs von 80 auf 60,000 Franken zurück und bat, daß Glitsch der Firma das erwähnte Darleihen gleichwohl machen möchte. Daß ein zu großer Theil der Einlage Achtnichts ins alte Geschäft habe verwendet werden müssen, beruhe auf *aussergewöhnlichen* Umständen, der ganze Betrag werde mit nächstem Herbst wieder flüssig werden, seine persönliche Einlage erreiche durchaus den Werth von 60,000 Fr., denn wenn er auch dem Herrn Rieter ca. 40,000 Franken schulde, so gehe das die neue Firma nichts an, sondern sei eine Privatverbindlichkeit.

Im Oktober 1884 begab sich Achtnich von Herrenhut aus, wo er Verwandte besucht hatte, nach Hamburg, um daselbst dem Geschäft für die Wirkwaarenbranche Absatz zu verschaffen und es begründeten dann die Erfahrungen, die er auf dieser Reise machte, bei ihm die Ueberzeugung, daß ein Erfolg in der neu eingeführten Wirkwaarenbranche nie-

mals erzielbar sei. Diese Ueberzeugung sprach er mit Brief vom 29. Oktober 1884 an Rubli aus, knüpfte daran eine Besprechung der finanziellen Situation des Geschäftes, kam zu einem verzweifelten Resultat und machte seinem Associé Vorwürfe, daß er ihn in diese Lage gebracht habe. Bald darauf kehrte Achtnich zurück, das persönliche Zusammentreffen der beiden Gesellschafter führte dann aber erst recht zum Bruch, denn am 7. November schrieb Achtnich an Rubli, nach den ihm vorgestern zugefügten Beleidigungen sei ein Zusammenwirken kaum mehr möglich, es stehe Rubli nicht zu, ihm Hochmuth auf angeheiratetes Geld vorzuwerfen, die Frage der Trennung müsse also gestellt werden etc. Von da an unterblieb jeder persönliche Verkehr zwischen den beiden Gesellschaftern.

Auf den 31. Dezember 1884 wurden acht Wechsel im Gesammtbetrage von 11,153 Fr. 50 Rp. fällig, wovon drei von 3500 Franken, 1644 Fr. und 3000 Fr. das *eigenhändige* Accept Rublis trugen, während die andern nicht acceptirt waren. Um die Einlösung zu ermöglichen, brachte Rubli der Bank Winterthur 2500 Fr. Baarschaft und für 7500 Fr. Kundenwechsel, die aber zum Theil bloße Gefälligkeitswechsel waren; einige Wechselgläubiger haben die Hälfte ihrer Forderungen prolongirt.

Am 17. Dezember 1884 bezog Achtnich bei der Bank in Winterthur 2400 Fr. zur Saldirung eines Zinsguthabens seines Schwiegervaters Glitsch und trug ferner ins Kassabuch der Firma ein: „Baarbezug von W. Achtnich zur Gleichstellung des Salairbezuges gegenüber J. R., welcher 742 Fr. 50 zu viel bezogen.“ Diesen Eintrag annullirte er dann aber wieder und entnahm die 742 Fr. 50 der Kassa nicht, er will den Eintrag bloß gemacht haben, um Rubli darauf aufmerksam zu machen, daß er jenen Betrag zu viel bezogen habe.

Befürchtend, Achtnich unterrichte den Bankdirektor Keller durch das Mittel seines Freundes Christian Schapper in einer ihm, dem Rubli, nachtheiligen Weise über das innere Verhältniß der Firma, setzte letzterer dem Herrn Keller seinen Standpunkt am 19. Dezember auseinander und schrieb am 20. Dezember an seinen Associe, er verlange, daß ein Theil der Winterwaare bis zum Betrage von 10,000 Frkn. ins Lagerhaus der Bank Winterthur geschafft werde, damit darauf ein Vorschuß für die Scadenzen des laufenden und des nächsten Monats verlangt werden könne. Die Folge davon war ein Brief des Achtnich an die Bank Winterthur vom 22. Dezember, dahin gehend, daß er bei den obwaltenden Differenzen zwischen ihm und Rubli gegen die Verpfändung der vorräthigen Winterwaare nichts einwenden wolle, „vorausgesetzt, daß der Vorschußbetrag von unserm Blancokredit bei Ihnen abgeschrieben wird und die alsdann von dem Blancokredit der Firma freigewordene Summe nicht wieder von Rubli bezogen werden kann. Weitere Vereinbarungen, welche Herr Rubli proponiren sollte, wollen Sie gefälligst mit diesem Herrn privatim machen und muß ich mir vorbehalten, Einsprache gegen Alles von demselben eventuell im Namen der Firma Proponirte zu erheben. Ich lehne zum Voraus jede Verantwortlichkeit meinerseits für Abmachungen ab, welche einseitig von Herrn Rubli im Namen der Firma mit Ihrem geschätzten Institut abgeschlossen werden sollten.“

Zur Deckung der von Achtnich am 17. Dezember erhobenen 2400 Frkn. übermittelte Rubli der Bank unterm 29. Dezember zwei Posten von 1542 Fr. 10 und 700 Mark, diese wies aber mit Schreiben vom 23. Dezember die Annahme zurück mit dem Bemerken: „daß wir auf die Inhibition Ihres Herrn Achtnich keinerlei Dispositionen Ihrer Firma mehr honoriren können, vielmehr in Anbetracht des zwischen Ihren Firmainhabern bestehenden Zerwürfnisses uns hiemit genöthigt sehen, Ihnen Ihre Rechnung zur Rückzahlung auf den 31. Januar 1885 zu kündigen.“

Die am 31. Dezember 1884 fällig gewordenen Wechsel im Gesammtbetrage von 11,153 Fr. 50 wurden Mangels Zahlung protestirt, Achtnich konnte aber seinen Schwiegervater Glitsch zur Einlösung derselben bewegen, worauf die Wechsel nebst Protesturkunden diesem eingehändigt wurden.

Nunmehr leitete Achtnich beim Handelsgericht Zürich Klage gegen Rubli auf Auflösung der Gesellschaft ein, behauptend, daß

das persönliche Einvernehmen der Gesellschafter aus Schuld des letztern unheilbar zerrüttet sei. Nicht nur habe ihn derselbe durch wissentlich unwahre Angaben über die Prosperität seines Geschäftes zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages bewogen, sondern ihm auch 8000 Fr. Privatschulden (6000 Fr. bei Goldschmid zum Königshof in Winterthur und 2000 Fr. bei seinem Bruder Herrmann Rubli) und überdem das Bestehen eines von ihm anno 1880 mit dem damals noch in seinem Geschäft befindlichen, jetzt in Utzweil etablirten Jsaak Gröbli abgeschlossenen Vertrages verheimlicht, wonach er diesem von einer im Geschäfte verwendeten Erfindung Gröblis, — im mechanischen Antrieb von Handstrickmaschinen und Vereinigung solcher auf Einem Maschinentische bestehend, — den 4. Theil des bezüglichen Gewinnes herauszuzahlen und sich weiter verpflichtet habe, die Erfindung an Niemanden abzutreten.

Rubli bestritt den Auflösungsanspruch, weil die Unmöglichkeit weitern gedeiblichen Zusammenarbeitens lediglich dem Kläger selbst zur Last falle, der förmlich darauf ausgegangen sei, der Firma die Einlösung der Wechselverbindlichkeiten per Ende Dezember 1884 zu verunmöglichen, dieselbe in Konkurs zu bringen und in diesem das Geschäft mit Hülfe seines Schwiegervaters Glitsch möglichst billig zu erwerben. Mit diesem dolosen Plan stehe eine Bemerkung in Verbindung, welche derselbe schon am 11. Dezember 1884 zu dem Firmaangestellten Rutishauser gethan und die dahin gelautet habe: „Ende Dezember sei Alles fertig", und als Ausführung jenes Planes erscheine die Anhäufung einer so ungewöhnlichen Summe von Wechselverbindlichkeiten auf denselben Termin (31. Dezember 1884), der Bezug der 2400 Fr. vom 17. Dezember, der Interventionsbrief an die Bank vom 22. Dezember, welcher die Kündigung des Bankkredits zur Folge gehabt und die Einlösung der Wechsel durch den Schwiegervater Glitsch, welch letztere Manipulation die Fortexistenz des Geschäftes lediglich vom guten Willen des Glitsch abhängig gemacht habe.

Für den Fall der Gesellschaftsauflösung stellte Rubli mittelst eventueller Widerklage eine Schadenersatzforderung von 30,000 Fr., weil dieser Betrag, wenn die Gesellschaft, wie vertraglich vorgesehen, 10 Jahre gedauert hätte, jedem Associe über das Salair hinaus zugekommen wäre.

Mit Urtheil vom 27. Februar 1885 erkannte das Handelsgericht auf Auflösung der Collectivgesellschaft: „J. Rubli & Achtnich", weil die unheilbare Zerrüttung der persönlichen Verhältnisse der beiden Gesellschafter und der Mangel jedes Bankkredites die Erreichung des Gesellschaftszweckes für die Zukunft als unmöglich erscheinen lassen, also die Voraussetzung vorliege, unter welcher gemäß Art. 545 Ziff. 1 des O.-R. eine Societät aufgelöst werde und übrigens die angeführte Sachlage auch als ein Grund betrachtet werden müsse, um im Sinne des Art. 547 des O.-R. als ein solcher zu einseitiger Vertragsauflösung durch den Kläger zu gelten, zumal es für die Frage der Gesellschaftsauflösung auf Grund der letztcitirten Bestimmung (Art. 547) unerheblich sei, ob der Zustand der innern Zerrüttung des Gesellschaftsverhältnisses wesentlich auf Verschulden des Klägers oder des Beklagten beruhe, diese Frage vielmehr nur von Bedeutung sei bezüglich der Schadenersatzklage des Rubli.

Auf die eventuelle Widerklage Rublis erkannte das Gericht:

„Die Schadenersatzklage des Widerklägers Rubli wird *zur Zeit* abgewiesen.

Dieser Entscheid ist in Erwägung 5 des Urtheils in der Hauptsache wie folgt begründet:

Von entscheidender Bedeutung für die Schadenersatzklage Rublis sei die Frage, welcher Theil den Zustand verschuldet habe, der die Auflösung der Gesellschaft als unabwendbar habe erscheinen lassen. Von den Vorwürfen, die Achtnich dem Rubli mache, stehe nun einzig das Verschweigen der 8000 Franken betragenden Privatverbindlichkeiten und des Vertrages mit Gröbli fest, diese Verhältnisse hätten aber bei Weitem noch keinen Grund zur Auflösung des Gesellschaftsvortrages gebildet und treten vollständig zurück gegenüber der ungleich ernstern Anschuldigung Rublis, Achtnich habe die Absicht gehabt, die Societät in den Konkurs zu bringen und hiezu Vorkehrungen getroffen, welche ohne

rechtzeitige Entdeckung und die daraufhin von Rubli zur Rettung vorgekehrten Maßnahmen zur sofortigen Erreichung jenes Zieles geführt hätten. Nun sei allerdings schon die Aeußerung Achtnichts gegenüber Rutishauser höchst verdächtig und weise daraufhin, daß er schon damals (11. Dezember 1884) seine Gedanken auf eine rasche Beendigung der Societät gerichtet habe; die spätere Handlungsweise des Achtnich aber bestätige diese Annahme vollständig, denn wenn man auf seiner Seite nicht eine unbegreifliche Unklugheit annehmen wolle, lasse sie nur den Schluß zu, daß es ihm darum zu thun gewesen sei, eine Katastrophe herbeizuführen, welche mit dem Konkurs der Firma hätte endigen sollen. Dieses müsse daher als die wahre Absicht des Achtnich angenommen werden, denn derselbe sei ja außer Stande, sein Benehmen auf irgend andere glaubhafte Weise zu erklären. Eine Handlungsweise dieser Art verstoße nun aber in grellster Weise gegen die fundamentale Pflicht eines Gesellschafters, diejenige zur Treue gegen den Mitgesellschafter und das Benehmen des Achtnich müsse daher als im höchsten Grade schuldhaft bezeichnet werden. Dasselbe erscheine aber ferner als die wesentliche Ursache derjenigen Verhältnisse, auf Grund welcher die Societät aufgelöst werde, denn diese Arglist sei es, welche das persönliche Verhältniß der Associe wohl am tiefsten erschüttert und die Wiederherstellung eines bessern Einvernehmens hauptsächlich verunmöglicht habe und ebenso müsse der weitere Grund der Auflösung, der Entzug des Bankkredites verbunden mit der Häufung ungedeckter Verbindlichkeiten auf einen und denselben Zeitpunkt auf jenes Benehmen zurückgeführt werden. Die Verantwortlichkeit für die vorzeitige Auflösung des Gesellschaftsvertrages treffe demnach jedenfalls in der Hauptsache den Widerbeklagten. Gemäß Art. 110 des O.-R. sei Achtnich daher verpflichtet, dem Rubli allen und jeden Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleide, daß der Gesellschaftsvertrag, statt erst im Jahre 1893, schon gegenwärtig beendigt werde. Unter Schaden sei dabei sowohl eine allfällige direkte Vermögensverminderung in Folge jenes Ereignisses, als auch der Entzug eines ohne dasselbe in Aussicht gestandenen Gewinnes zu verstehen. Für beide genannten Faktoren liege dem Widerkläger der Beweis ob, den derselbe durch Vorlegung einer Geschäftsbilanz angetreten habe. Allein nach der Natur der Sache und der eigenen Darstellung des Widerklägers sei der Schaden aus der Auflösung der Societät heute noch nicht in seinem ganzen, voraussichtlich künftigen Umfange entstanden und bevor dieß der Fall sei und diejenigen Thatsachen, in welchen die Wirkung der Liquidation zur Erscheinung kommen werde, vorliegen, namentlich aber vor Beendigung der Liquidation sei daher eine Beurtheilung der Widerklage im Weitern unmöglich, dieselbe erscheine somit als verfrüht und sei *zur Zeit* abzuweisen.

Nunmehr stellte ein auf Grund vertraglicher Vereinbarung der Partheien zusammengetretenes Schiedsgericht ein Inventar per 31. März 1885 auf, vertheilte dasselbe gemäß bestimmten, ebenfalls vertraglich festgesetzten Normen und schritt sodann zur Abrechnung. Es ergab sich per 31. März 1885 ein gemeinschaftlich zu tragendes Defizit von 37,157 Fr. 25. und ein Saldoguthaben des Achtnich an Rubli von 34,362 Fr. 25 Bp. Diesen Betrag klagte Achtnich am 24. Februar 1887 beim Handelsgericht Zürich ein, die Partheien vereinbarten dann aber die Uebertragung des Streites an ein aus den beiden juristischen Mitgliedern des Handelsgerichtes und einem der Strick- und Wirkwaarenbranche angehörenden Kaufmann bestehendes Schiedsgericht.

Der Beklagte anerkannte die Klageforderung an und für sich, machte aber theils compensations- und theils widerklageweise eine Gegenforderung von 60,000 Fr. geltend für Schaden, der ihm aus der vorzeitigen Gesellschaftsauflösung erwachsen sei und für den der Kläger laut dem handelsgerichtlichen Urtheil aufzukommen habe. Achtnich bestritt die ganze Forderung, weil er die vorzeitige Gesellschaftsauflösung nicht verschuldet, das Handelsgericht auch einen förmlichen Entscheid in diesem Sinne nicht gefällt habe und eventuell ein Schaden überall nicht entstanden sei. Anstatt 60,000 Fr. habe Rubli,

wie das nunmehr bereinigte Inventar zeige, bloß 51,469 Fr. 65 eingelegt und dagegen 51,500 Fr. Schulden gehabt, nämlich 6000 Fr. dem Goldschmid zum Königshof, 2000 Fr. seinem Bruder Herrmann Rubli und 43,500 Fr. dem Herrn Rieter-Bodmer, wovon ihm die zwei ersten Posten ganz verheimlicht und der dritte nur zu 18,000 Fr. angegeben worden sei.

Das Schiedsgericht erklärte die Schadenersatzforderung Rublis für unbegründet, hiess desshalb die Klage in vollem Umfange gut und wies die Widerklage ab

in der Hauptsache aus folg. Gründen:

1. Die mittelst der Hauptklage geltend gemachte Forderung von 34,362 Fr. 25 ist an und für sich anerkannt;

2. Die theils zur Compensation verstellte, theils selbständig geltend gemachte Gegenforderung ist eine Schadenersatzforderung, denn sie hat zum Gegenstand den Ersatz desjenigen Schadens, welcher dem Beklagten und Widerkläger dadurch erwachsen sein soll, daß die zwischen den Litiganten bestandene Collektivgesellschaft statt, wie vertraglich vorgesehen, erst mit dem 1. Oktober 1893, schon im Februar 1885 ihr Ende erreicht hat. Die Verantwortlichkeit Achnichs für diesen Schaden wird aus einem vertraglichen Verschulden desselben, speziell daraus abgeleitet, daß er die Zerrüttung des persönlichen Einvernehmens der Gesellschafter durch vertragswidriges Verhalten verursacht und dadurch denjenigen Gesellschaftsauflösungsgrund in schuldhafter Weise herbeigeführt habe, gestützt auf welchen das Handelsgericht die Auflösung der Gesellschaft ausgesprochen hat.

3. Dieser Construktion scheint nun zunächst der Umstand entgegenzustehen, daß die gerichtliche Auflösung der Gesellschaft auf die Klage des Achtnich und gegen den Willen Rublis ausgesprochen worden ist, denn derselbe läßt unwillkürlich Zweifel darüber aufkommen, ob es wirklich der erstere gewesen sei, welcher die Zerrüttung des Gesellschaftsverhältnißes verschuldet habe und zwar deßwegen, weil, wie das bundesgerichtliche Urtheil in Sachen Dürr ca. Billeter vom 5. März 1886 (abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. II. pag. 114) mit Recht ausführt, ein Gesellschafter den Auflösungsanspruch nie auf sein eigenes schuldhaftes Handeln beziehungsweise auf die dadurch herbeigeführte Störung des Verhältnisses der Gesellschafter unter einander stützen kann. Ein Blick in das handelsgerichtliche Urtheil zeigt nun aber sofort, daß der erkennende Richter eben nicht von dieser richtigen, sondern von der irrthümlichen Gesetzesauslegung ausgegangen ist, daß sobald sich das Gesellschaftsverhältniß als ein innerlich zerrüttetes darstelle, jeder Gesellschafter, also selbst derjenige, welcher diese Zerrüttung selbst und zwar schuldhafter Weise herbeigeführt habe, die Gesellschaftsauflösung verlangen könne und daß es gerade nur diese principielle Auffassung war, welche der Auflösungsklage des Achtnich zum Siege verhalf, während dieselbe bei richtiger Auslegung des Gesetzes abgewiesen worden wäre, weil das Gericht in der That annahm, daß der Kläger die Hauptschuld an der die Gesellschaftsauflösung begründenden Störung des Verhältnißes der Gesellschafter unter sich trage. Das handelsgerichtliche Urtheil, beziehungsweise die darin ausgesprochene Auflösung der Gesellschaft auf die Klage des Achtnich und gegen den Willen Rublis bietet also in Wirklichkeit nicht nur kein Moment gegen die Annahme, daß der Widerbeklagte das Gesellschaftsverhältniß zerrüttet habe, sondern unterstützt dieselbe vielmehr ausdrücklich und es kann deßhalb jedenfalls Achtnich das Urtheil nicht für sich in Anspruch nehmen, dasselbe nicht als Titel dafür anführen, daß ihm ein vertragswidriges Verhalten hinsichtlich der Gesellschaftsauflösung *nicht* zur Last falle und folglich das Fundament, aus welchem die wiederklägerische Schadenersatzforderung principiell abgeleitet wird, bereits rechtskräftig zurückgewiesen sei. Der Auflösungsanspruch ist ihm freilich, wenn auch nach der Würdigung der thatsächlichen Verhältnisse, wie sie das Urtheil annimmt, mit Unrecht zugesprochen worden, jedoch unter ausdrücklichem Vorbehalt seiner Schadenersatzpflicht wegen schuldhafter Herbeiführung

desjenigen Zustandes, welcher den Richter veranlaßt hat, die Gesellschaftsauflösung auszusprechen. Ob diese Construktion richtig war oder nicht, ist hier gleichgültig und entscheidend nur das, daß sie für den vorliegenden Fall formell unanfechtbar feststeht, für diesen Fall rechtskräftig entschieden ist, daß der Widerbeklagte zwar die Gesellschaftsauflösung verlangen konnte, jedoch nur vorbehältlich seiner Schadenersatzpflicht, falls ihm nachgewiesen werden sollte, daß er den Eintritt des richterlich anerkannten Auflösungsgrundes in vertragswidriger Weise verschuldet habe. Achtnich haftet nunmehr zufolge dieses Urtheilsstandpunktes und wenn der letzterwähnte Beweis geleistet wird, für den Schaden aus der vorzeitigen Gesellschaftsauflösung gerade so gut wie wenn *Rubli* die Auflösungsklage gestellt, mit derselben obgesiegt und sein, des Achtnich Verschulden an der Ursache, welche die Auflösung nach sich gezogen hat, festgestellt hätte.

4. Anderseits ist nun aber auch der Standpunkt Rublis, daß das handelsgerichtliche Urtheil das Verschulden Achtnichs an der Gesellschaftsauflösung bereits rechtskräftig festgestellt und ebenso die rechtliche Konsequenz aus dieser Feststellung gezogen, d. h. die Verantwortlichkeit des Widerbeklagten für den ihm aus der vorzeitigen Gesellschaftsauflösung entstandenen Schaden rechtskräftig ausgesprochen habe, sodaß sich die Aufgabe des Schiedsgerichtes auf die Untersuchung der Frage nach dem Vorhandensein und Quantitativ des Schadens beschränke, — unhaltbar. Das Handelsgericht hat ein den Schadenersatzanspruch Rublis anerkennendes Urtheil nicht ausgefällt. Es ist dem Achtnich weder eine Leistung an ihn aufgelegt noch auch nur im Prinzip, eine Haftpflicht desselben urtheilsmäßig ausgesprochen und anerkannt worden. Wenn Rubli eine Entscheidung im letztern Sinn darin erblicken will, daß das hier in Frage kommende Dispositiv III des handelsgerichtlichen Urtheis erklärt, es werde die Schadenersatzklage „zur Zeit“ abgewiesen, so legt er dem Ausdruck „zur Zeit“ eine viel zu weitgehende Bedeutung bei, er legt etwas in denselben hinein, was darin nicht gesagt ist. Die höchst natürliche und auf der Hand liegende Bedeutung des Ausdruckes ist die, daß der eingeklagte Anspruch eben *nicht überhaupt* abgewiesen, nicht als dem Ansprecher *überhaupt* nicht, sondern bloß zur Zeit der Urtheilsfällung nicht zustehend erklärt werde. Abgewiesen bleibt derselbe aber und folglich kann er nicht gutgeheißen sein, auch nicht im Prinzip; eine solche Gutheißung hätte im Urtheilsdispositiv ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. Wenn dem gegenüber auf Erwägung 5 des handelsgerichtlichen Urtheils verwiesen wird, so ist allerdings richtig, daß hier zunächst ausgeführt wird, die Verantwortlichkeit für die vorzeitige Gesellschaftsauflösung treffe in der Hauptsache den Widerbeklagten und dieser sei daher gemäß Art. 110 des O.-R. verpflichtet, dem Widerkläger allen und jeden Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleide, daß der Gesellschaftsvertrag statt erst im Jahr 1893 schon gegenwärtig beendigt werde, allein wenn auch nicht bestritten werden kann, daß darin die deutlichste Anerkennung der prinzipiellen Haftpflicht des Widerbeklagten für den mehrerwähnten Schaden ausgesprochen ist, so bleibt es nichts desto weniger wahr, daß das Urtheilsdispositiv selbst, — und darauf einzig kommt es an, — jene prinzipielle Anerkennung nicht ausspricht, die Widerklage in keinem Punkte, also auch nicht prinzipiell gutheißt. Wenn nun aber irgendwo von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe gesprochen wird, so ist darauf zu erwidern, daß die citirte Stelle der handelsgerichtlichen Erwägungen eben einen Entscheidungsgrund nicht bildet, weil das, was dort ausgesprochen ist, nicht „erkannt“ wurde, jene Erwägung zu einem entsprechenden Dispositiv nicht geführt hat. Die Ausführungen des handelsgerichtlichen Urtheils über die Frage der prinzipiellen Haftpflicht des Widerbeklagten für den mehrerwähnten Schaden stellen sich nicht als nothwendige Grundlagen des getroffenen Entscheides, als Elemente des Urtheils dar, wie z. B. die Erwägungen des eine Negatorienklage abweisenden Urtheils darüber sind, daß dem Kläger Eigenthum an dem Grundstück, mit Bezug auf welches er die Klage angestellt hat, gar nicht zustehe und er deßhalb auch z—

Erhebung eines Anspruches nicht befugt sei, welcher die Beseitigung eines dieses Eigenthum beeinträchtigenden Zustandes zum Gegenstand habe. Jene Ausführungen erscheinen vielmehr im Verhältniß zu dem gewonnenen Dispositiv als nebensächliche und überflüssige, denn die Abweisung der Klage zur Zeit erforderte überall keine Ausführungen darüber, ob der Anspruch im Prinzip begründet sei, beim Eintritt gewisser Voraussetzungen später geltend gemacht werden könne oder nicht, sondern es hätte, um den getroffenen Entscheid zu begründen, vollständig genügt, darauf abzustellen, daß zur Zeit ein Schaden noch gar nicht ersichtlich und herstellbar sei, sondern erst nach durchgeführter Liquidation ermittelt werden könne, deßhalb die Klage verfrüht sei und folglich nicht darauf eingetreten werden könne; solchen im Verhältniß zum gewonnenen Entscheid nebensächlichen und überflüssigen Erwägungen aber kommt keine Rechtskraft zu (siehe Wintscheid, Pandekten, III. Auflage Bd. I pag. 358, Schluß von Anmerkung 21 und Seufferts Archiv Bd. II No. 250 und Bd. III No. 209, sowie Rechenschaftsbericht des Obergerichtes vom Jahre 1873 pag. 24 No. 18). Nur wenn die Abweisung eines Anspruches *zur Zeit* dessen prinzipielle Begründetheit zur Voraussetzung hätte, so müßte den auf die letztere Bezug habenden Erwägungen allerdings Rechtskraft zuerkannt werden, allein davon ist natürlich keine Rede, denn sobald der Richter findet, daß der eingeklagte Anspruch jedenfalls zur Zeit nicht erhoben werden könne, ist er überall nicht verpflichtet, auf die Frage der materiellen Begründetheit desselben einzutreten, sondern kann ihn einfach zurückweisen, es wäre denn, der Kläger hätte eventuell ein zulässiges Feststellungsbegehren gestellt, in welchem Falle allerdings über dieses hätte geurtheilt werden müssen. Ein solches Begehren ist im handelsgerichtlichen Prozeß nicht gestellt worden und konnte deßhalb auch nicht darüber entschieden, weder eine Gutheißung noch eine Abweisung ins Urtheilsdispositiv aufgenommen worden. Zudem muß gesagt werden, daß wenn ein bezügliches Begehren gestellt worden wäre, kaum darauf hätte eingetreten werden können, weil die Frage, ob Jemand gewisse Vertragspflichten verletzt und für einen allfällig daraus entstehenden Schaden aufzukommen habe, so lange eine rein hypothetische ist, als nicht der bereits erfolgte Eintritt eines Schadens behauptet und sofort nachgewiesen werden kann, auf bloß hypothetische Fragen aber der Richter einzutreten nicht verpflichtet ist. Das Handelsgericht hätte also auch ein Feststellungsbegehren höchstens dann gutheißen können, wenn es wenigstens das Vorhandensein eines Schadens im Allgemeinen konstatirt hätte und dieß ist nicht geschehen, ein neuer Beweis dafür, daß über die prinzipielle Haftpflicht des Widerbeklagten nicht eigentlich entschieden werden wollte. Ein letztes Kriterium für die Richtigkeit dieser Ausführungen bildet endlich der Umstand, daß wenn der frühere Prozeß statt vor Handelsgericht vor Bezirksgericht geführt worden wäre, Achtnich wegen den seine prinzipielle Haftpflicht aussprechenden Erwägungen nicht hätte appelliren können, indem ihm entgegnet worden wäre, daß ein Entscheid im Sinne der Erwägungen nicht vorliege, diese selbst keine Rechtskraft besitzen und deßhalb, wenn Rubli neuerdings klagend auftrete, auch einer neuen vollständig freien Prüfung und Würdigung unterworfen werden können.

5. Steht nun aber hienach dem Schiedsgericht auch bezüglich der Frage der prinzipiellen Verantwortlichkeit des Widerbeklagten noch vollständig freies Entscheidungsrecht zu, so muß es dieselbe entgegen der Ansicht des Handelsgerichtes verneinen, weil die den Auflösungsgrund bildende Zerrüttung des Gesellschaftsverhältnisses nach seinem Befinden den beiden Gesellschaftern gemeinsam und zwar in der Hauptsache in gleichem Maße zur Last fällt, ja die Schuld des Widerklägers eher noch als die größere bezeichnet werden darf, unter diesen Umständen aber von einer Schadenersatzpflicht des Achtnich nicht die Rede sein kann.

6. Die heutige Aktenlage stellt außer Zweifel, daß Widerkläger selbst und zwar schon bei Eingehung der Societät den Grund zum schließlichen Zerwürfniß dadurch gelegt hat, daß er den Mitkontrahenten im Glauben ließ, beziehungsweise ihn in denselben versetzte,

daß der finanzielle Stand seines damaligen Strickwaarengeschäftes ein guter, dessen bisherige Rentabilität vollkommen feststellender und auch für die Zukunft sichernder sei, während sich nun zeigt, daß Rubli damals, wenn nicht unter, so doch jedenfalls auch nicht über pari stand. Wie heute feststeht, so betrug der Kapitalkonto Rublis per 30. September 1883 51,469 Fr., seine Schulden aber beliefen sich auf 51,573 Fr., eine damalige Liquidation des Geschäftes hätte also wohl eher einen Passiv- als einen Aktivüberschuß ergeben und diese Situation ist dem Achtnich verheimlicht und er in den Glauben versetzt worden, daß das alte Geschäft, wenn auch klein, so doch gut fundirt, sich selbst erhaltend und rentabel sei. Rubli wußte wohl, daß die Offenbarung der Schuldposten von 6000 Fr. und 2000 Fr., die bisherige Unmöglichkeit ihrer Abzahlung aus den Erträgnissen des Geschäftes und damit die Nichtrentabilität des letztern darthun würde und einzig deßhalb verschwieg er deren Existenz, daß aber dieses Verhalten den Widerbeklagten nach der später erfolgten Entdeckung des wahren Sachverhaltes mit Mißtrauen in den Widerkläger erfüllen mußte, ist begreiflich und konnte von dem lelztern auch sehr wohl vorausgesehen werden. Es ist aber auch ferner die Schuld von 43,573 Frkn. gegenüber Rieter-Bodmer dem Achtnich nur zum kleinsten Theil, nämlich im Betrage von 18,000 Franken bekannt gemacht, der Rest aber geflissentlich verschwiegen und verheimlicht worden.

7. Achtnich konnte das Geschäft Rublis bei der Annahme eines Aktivbestandes von circa 60,000 Fr. und einer Schuld von bloß 18,000 Frkn. gegenüber Rieter-Bodmer als ein gut fundirtes, wenigstens eine gewisse Rendite ziemlich sicherndes betrachten. Hätte er aber den wirklichen, oben angegebenen Aktiv- und Passivbestand gekannt, so wäre er ebenso sicher zum gegentheiligen Schluß gelangt und hätte die Gesellschaft nicht eingegangen. Wo möglich noch weniger aber würde er dieß gethan haben bei Kenntniß des Vertrages mit Gröbli, d. h. der Thatsache, daß ein Theil der durch die Erfindung Gröblis ermöglichten Ersparniß am Arbeitslohn, diesem letztern wieder abgegeben werden müsse, die Erwerbung eines Patentes für die Erfindung nur mit seiner Zustimmung und gegen Theilnahme desselben an einem allfällig für das Patent zu erzielenden Kaufpreis und ebenso der Verkauf der Erfindung ohne Patentnahme nur mit seiner Einwilligung möglich sei.

8. Sobald sich zeigte, daß das Strickwaarengeschäft Rublis nicht im Stande war, sich selbst zu erhalten, indem ein großer Theil der widerbeklagtischen Einlage in dasselbe verwendet werden mußte und deßhalb die Mittel ungenügend waren, um die Einrichtung und Fortführung der Wirkwaarenbranche mit der nöthigen Energie an Hand zu nehmen, trat an Stelle des Zutrauens Mißtrauen. Achtnich und Glitsch forschten nach den Gründen dieser Erscheinung, entdeckten das große Guthaben Rieter-Bodmers, sahen ein, daß sie s. Z. nicht mit der Wahrheit bedient worden etc. und der Grund zum Zerwürfniß war gelegt (siehe Brief des Glitsch vom 26. März 1884). Als dann später trotz den Versicherungen Rublis im Brief vom 3. April 1884 keine wesentliche Besserung eintrat, der Besuch des Achtnich in Hamburg resultatlos verlief, er sich überzeugen zu müssen glaubte, daß auch in der Wirkwaarenbranche keine wesentlichen Vortheile zu erzielen seien und es nachgerade schwierig wurde, die monatlich verfallenden Tratten einzulösen, erwachte das Mißtrauen von Neuem. Achtnich gelangte, wie sein Brief vom 29. Oktober 1884 beweist, zur Ueberzeugung, daß sein Associe zur Zeit der Societätsbegründung eigentlich insolvent gewesen sei und daß er durch Verheimlichung dieses Sachverhaltes in die damalige höchst precäre Situation, welche ohne neue Kapitalbeschaffung eine ernste Krisis in Aussicht stellte, gerathen sei. Unter diesen Umständen war die offene Sprache, die der Widerbeklagte in dem genannten Briefe führte, durchaus gerechtfertigt und Rubli hatte gar keine Ursache, ihn deßwegen bei der Rückkunft in verletzender Weise zu behandeln, dennoch aber ist dieß nachgewiesenermaßen geschehen und von da an hörte jeder persönliche Verkehr zwischen den Gesellschaftern auf, wo-

mit der Bruch zum unheilbaren geworden war.

9. Dieser Bruch konnte den Firmaangestellten nicht entgehen und wenn daher Rutishauser, ein baldiges Ende seines Anstellungsverhältnisses befürchtend, den Achtnich darüber interpellirte, so war diesem eine Bestreitung der offensichtlichen Thatsache kaum möglich und beweist seine Bemerkung, daß sich die Sache bis Ende des Jahres entscheiden oder daß es bis dahin wohl zu einer Liquidation kommen werde, allerdings, daß er die Gesellschaftsauflösung als unvermeidlich und, wie die Verhältnisse standen, auch als zweckmäßig ansah, niemals aber, daß er dieselbe auf dem Wege des Konkurses herbeiführen wollte, nur um das Geschäft möglichst billig an sich ziehen zu können.

10. Für die Behauptung, daß Achtnich den Gesammtwechselbetrag von circa 10,000 Fr. absichtlich auf Ende Dezember 1884 habe zusammenkommen lassen, um die Einlösung zu verunmöglichen und so den Konkurs herbeizuführen, fehlt jeder Beweis. Acceptirt sind 3 Tratten im Gesammtbetrage von 8144 Fr., hat die Acceptation im September stattgefunden, so kann jene Absicht nicht obgewaltet haben, weil sich Achtnich damals noch bemühte, von der Kantonalbank für die Gesellschaft 20,000 Fr. zu erhalten, sie ist aber auch für den Monat Oktober ausgeschlossen, weil die Geschäftsreise Achtnichs in diese Zeit fällt, daß aber die Wechsel erst später acceptirt worden seien, ist unwahrscheinlich und nicht behauptet. Rubli selbst hat die Accepte den Wechseln beigefügt, er war also mit dem 31. Dezember 1884 als Verfalltag einverstanden, glaubte an die Möglichkeit der seinerzeitigen Einlösung und kann bei dieser Sachlage auch seine Behauptung nicht wahr sein, daß er die große Belastung des 31. Dezember erst am 15. des nämlichen Monats entdeckt habe. Die circa 3000 Fr. ausmachenden unacceptirten Tratten sind ohne vorherige Avisirung der Firma auf sie abgegeben worden, was beweist, daß der gewählte Verfalltag nicht auf einem Umsturzplan des Achtnich beruhen kann. Ein solcher Plan hätte ihn auch nothwendig dazu führen müssen, die Tratten vor Rubli zu verheimlichen, statt dessen hat er ihm aber gerade die größten zum Accept vorgelegt.

11. Unterstellt, Achtnich hätte, als er am 17. Dezember 1884 bei der Bank 2400 Fr. bezog und den Interventionsbrief vom 22. Dezember schrieb, die Absicht verfolgt, die Einlösung der Tratten zu verunmöglichen und so auf Beschleunigung der Gesellschaftsauflösung hinzuwirken, so wäre dieses Vorgehen ein verwerfliches, aber es könnte nicht als die Ursache der den Auflösungsgrund bildenden Zerrüttung des persönlichen Einvernehmens der Gesellschafter angesehen werden, weil diese nach dem bisher Gesagten damals bereits und zwar aus Schuld des Rubli in nicht mehr zu heilender Weise eingetreten war.

12. Die behauptete böse Absicht bei jenen Handlungen ist überdem nicht zur Genüge außer Zweifel gestellt. Der allerdings unzeitige Bezug der 2400 Fr. kann ein Akt vermeintlicher Selbsthülfe, d. h. der Ueberzeugung entsprungen sein, daß sonst Rubli selbst das Geld beziehe, wie er bereits 724 Fr. 50 zu viel bezogen hatte. Die Erwägung, daß das Mißtrauen damals gegenseitig seinen Höhepunkt erreicht hatte, verleiht dieser Annahme gewiß einige Berechtigung. Gegen die Absicht, der Firma durch den Interventionsbrief den Kredit zu entziehen, spricht die Einwilligung des Achtnich zur Beschaffung von Geld durch Waarenversatz und seine Sorge für die Einlösung der Wechsel durch den Schwiegervater, ohne daß dieser solche dann seinerseits gegenüber der Firma geltend gemacht hätte. Die direkte Veranlaßung zu diesem Brief gab die Zuschrift Rublis vom 20. Dezember und auch daraus ersieht man wieder, daß hier von einem längst geplanten Vorgehen keine Rede ist. Obgleich sich die Kündigung der Bank formell auf die Inhibition des Achtnich stützt, ist sie in Wirklichkeit offenbar auch mitveranlaßt worden durch die von Direktor Keller aus seiner Besprechung mit Rubli am 19. Dezember und aus dem Gesuch um Bewilligung eines Waarenversatzes gewonnene Ueberzeugung, daß die ökonomische Situation der Firma eine gefährdete sei.

13. Fällt hienach die Zerrüttung des Ge-

sellschaftsverhältnisses dem Widerkläger mindestens im gleichen, wo nicht in einem höhern Maße zur Last, als dem Widerbeklagten, so kann auch nicht von einer Verantwortlichkeit des letztern für den allfällig dem erstern aus der vorzeitigen Gesellschaftsauflösung entstandenen Schaden die Rede sein und fällt demnach sowohl das Fundament für die Compensationseinrede als den Widerklaganspruch dahin, was die Gutheißung der Hauptklage und die Verwerfung der Widerklage zur Folge hat.

Markenrecht.

1. Ob eine Marke als unberechtigte Nachahmung eines älter berechtigten Zeichens erscheint, hängt nicht davon ab, ob bei Nebeneinanderhalten und Vergleichen der beiden Marken einzelne Verschiedenheiten leicht entdeckt werden können, sondern davon, ob das im Gedächtniß der Abnehmer haften bleibende *Gesammtbild* ein wesentlich verschiedenes ist oder nicht.

2. Ein geschütztes Waarenzeichen kann in beliebigen Größen und Farben verwendet werden und nicht nur in der Größe und Farbe des amtlich veröffentlichten Abdrucks des Markenclichés.

3. Auch für Waaren, deren Vertrieb in einzelnen Kantonen untersagt oder nur bedingungsweise gestattet ist, muß der Markenschutz gewährt und kann in jenen Kantonen nicht verweigert werden.

4. Dagegen kann ein Markenrecht für Waaren nicht erworben werden, deren Vertrieb absolut und im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft, speziell durch Bundesgesetz verboten ist.

Schweizerisches Bundesgericht,
21. Oktober 1887.

Die Firma Bourgoyne, Burbidges & Cie. in London produzirt chemische und pharmaceutische Produkte und speziell Toilettenartikel. Dieselbe ließ gestützt auf die schweizerisch-großbritanische Convention vom 6. November 1880 in das eidgenössische Markenregister in Bern eine (Bundesblatt vom 5. März 1881) unter No. 107 veröffentlichte Marke eintragen, welche aus einem, in einem Kreise stehenden Dreieck, mit dem verschlungenen, den untern Theil des Dreiecks nahezu ausfüllenden Monogramm H R besteht; längst der Seitenlinien des Dreiecks finden sich die Worte: Trade Marke. Dieser Marke bedient sich die Firma Bourgoyne, Burbidges & Cie. u. A. zum Vertriebe eines unter dem Namen Rosetters Hair Regenerator bekannten Haarfärbemittels.

Auf Antrag der Firma Bourgoyne, Burbidges & Cie. als Damnificatin wurde vom Statthalteramt Zürich gegen Coiffour Süßtrunk daselbst wegen Uebertretung des Art. 18 lit. b des eidgenössischen Markenschutzgesetzes das Strafverfahren eingeleitet, weil derselbe für ein von ihm fabrizirtes Haarfärbemittel sich einer, der hinterlegten Marke der Firma Bourgoyne, Burbidges & Cie. täuschend nachgeahmten Marke vorsätzlich bedient und ebenso die von der fraglichen Firma für ihr Fabrikat verwendeten Etiquetten, Verpackungen etc. bis ins kleinste Detail nachgeahmt habe.

Das Bezirksgerichtspräsidium Zürich verweigerte die Anhandnahme der Strafklage, weil die Damnificatin zum Verkaufe der in Frage kommenden Waare im Kanton Zürich einer sanitätspolizeilichen Bewilligung bedurft hätte, eine solche aber bis zur Klaganhebung nicht besessen habe, der Verkauf der Waare also ein verbotener gewesen sei und ein Anspruch auf Markenschutz für solche Waare nicht bestehe.

Die zweite Instanz hob diese Nichtanhandnahmeverfügung auf und verlangte die Beurtheilung des Falles durch das Gericht, weil der Umstand, daß eine Waare im Kanton Zürich gar nicht oder nur bedingungsweise verkauft werden dürfe, den zürcherischen Richter nicht entbinde, das Waarenzeichen in den durch die Eintragung erworbenen Rechten zu schützen (siehe Nro. 8 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang Seite 124 V).

Daraufhin wurde der Fall am 22. März 1887 vom Bezirksgericht Zürich und am 28. April von der Appellationskammer des Obergerichtes behandelt. Das Resultat war

die Freisprechung des Angeklagten und erfolgte diese sowohl deßwegen, weil ein Markenschutz für Waaren, deren Verkauf verboten sei, nicht bestehe, als weil eine strafbare Nachahmung der Marke nicht vorliege. Der letztere Standpunkt stützt sich im Wesentlichen auf folgende Gründe:

Geklagt sei auf Nachahmung der eingetragenen Marke der Firma Bourgoyne, Burbidges & Cie. Maßgebend für die Beurtheilung der Frage der Nachahmung sei lediglich das Verhältniß des Falsificates zu dem im Bundesblatt vom 5. März 1881 veröffentlichten Abdruck des Clichés der Originalmarke. Danach liege eine Nachahmung der Marke der Damnificaten nicht vor. Allerdings bestehe die von Süßtrunk gebrauchte Marke auch aus einem Dreieck, das in eine Kreisfläche hineingesetzt werde. Allein während das Dreieck der Originalmarke ein wesentlich gleichseitiges sei, sei bei dem Dreieck der Marke Süßtrunks die Basis kürzer als die beiden gleich langen Seiten über ihr. Das Wesentliche an der Marke der Damnificaten bilde das in das Dreieck eingestellte Monogramm durch die Art und Weise, wie es in das Dreieck hineingestellt sei, in der Marke Süßtrunks aber sei in das Dreieck ein anderes Monogramm hineingesetzt, nämlich ein J, um welches sich ein S schlinge; während das Monogramm der Damnificaten das Dreieck in der untern Hälfte fast ganz ausfülle, sei das beim Monogramm des Süßtrunk nicht der Fall und fülle letzteres das Dreieck mehr der Höhe nach aus, zudem sei das Monogramm des Süßtrunk in viel schärfer abgedruckten und mehr verschnörkelten Initialen gehalten. Angesichts dieser bedeutenden Differenzen werde Niemand, der auf eine Marke nur halbwegs Gewicht lege, die Marke des Süßtrunk für diejenige der Damnificaten halten können. Die auch in der Marke des Angeklagten sich findenden Worte Trade Marke seien bedeutungslos, weil nicht geschützt. Da eine Nachahmung der Marke nicht vorliege, könne auf die Beschaffenheit der Ettiquette, Verpackung u. s. w. nichts ankommen (siehe das bezügliche Urtheil in Nro. 13 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang S. 202).

Gegen das Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes ergriff die Firma Bourgoyne, Burbidges & Cie. den staatsrechtlichen Rekurs ans Bundesgericht und siegte ob, indem letzteres die angefochtene Entscheidung der zürcherischen Appellationskammer aufhob,

Gründe:

1. Wie das Bundesgericht bereits wiederholt entschieden hat (Entscheidungen in Sachen Schärrer vom 26. Oktober 1883, Erwägung 2 u. f., A. Slg. IX S. 474 u. f.; in Sachen Oppliger vom 2. November 1883, Erwägung 6, ibid. S. 561; in Sachen Menier vom 23. Mai 1884, Erwägung 1, Alt. Slg X S. 223 u. f.; in Sachen Menier vom 20. Dezember 1884 Erwäg. 1 ibid. S. 491; in Sachen Kaufmann vom 26. Juni 1885, Erwäg. 1, Alt. Slg. XI S. 136), können kantonale Strafurtheile von den durch dieselben Beschwerten wegen Verletzung des Bundesgesetzes über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgericht angefochten werden; es ist im fernern nicht zweifelhaft, daß großbritanische Angehörige für ihre (gehörig hinterlegten) Fabrik- und Handelsmarken in der Schweiz gleich wie die eigenen Angehörigen der Letztern zu schützen sind (vergleiche alte Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen VII S. 402 u. f.). Der Rekurs ist daher zulässig.

2. Festzuhalten ist dabei natürlich, daß das Bundesgericht als Staatsgerichtshof nicht in der Sache selbst ein neues Urtheil zu fällen, sondern nur zu untersuchen hat, ob die angefochtene Entscheidung das eidgenössische Markenschutzgesetz zum Nachtheil der Rekurrentin verletze; ist letzteres zu bejahen, so muß die Sache zu neuer Beurtheilung an die kantonale Instanz zurückgewiesen werden. Demgemäß kann denn jedenfalls gegenwärtig auf die vom Rekursbeklagten Süßtrunk erhobenen Einwendungen, das streitige Zeichen sei ein Freizeichen und es sei nicht dargethan, daß die Rekurrentin legitimirte Inhaberin der streitigen Marke sei, nicht eingetreten werden, da hierüber von den kantonalen Gerichten noch gar nicht entschieden

worden ist. Die Cognition des Bundesgerichtes beschränkt sich auf die Prüfung der Frage, ob die den Urtheilen der kantonalen Instanzen zu Grunde gelegten Rechtsanschauungen auf einer Verletzung des eidgenössischen Markenschutzgesetzes beruhen.

3. In erster Linie stützt sich nun das Urtheil der Vorinstanz darauf, es liege eine täuschende Nachahmung der klägerischen Marke überhaupt nicht vor, weil die beiden in Frage liegenden Waarenzeichen nicht leicht mit einander verwechselt werden können. Diese Annahme beruht auf einer Verletzung des Gesetzes. Die angefochtene Entscheidung vergleicht das Detail der beiden Waarenzeichen mit einander und gelangt, da dabei einige Verschiedenheiten ohne Mühe festgestellt werden konnten, zu dem Schlusse, es liege eine täuschende Aehnlichkeit nicht vor. Dieses Verfahren kann aber als ein richtiges, dem Willen des Gesetzes entsprechendes nicht erachtet werden. Wie das Bundesgericht bereits wiederholt ausgesprochen hat, ist bei Prüfung der Frage, ob eine Marke als unberechtigte Nachahmung eines älter berechtigten Zeichens erscheine, nicht darauf zu sehen, ob bei Nebeneinanderhalten und Vergleichen der beiden Marken einzelne Verschiedenheiten leicht entdeckt werden können; entscheidend ist vielmehr, ob das Gesammtbild ein wesentlich anderes ist, derart, daß die beiden Marken geeignet sind, auch im Gedächtniß der Abnehmer des Produktes ein wesentlich verschiedenes Bild zurückzulassen. Davon kann aber hier gewiß keine Rede sein. Charakteristisch für das Zeichen der Rekurrentin ist die Combination der Kreisfläche mit dem darin stehenden, ein verschlungenes Monogramm enthaltenden Dreieck. Diese Combination, in ihren wesentlichen, für das Gesammtbild bestimmenden Zügen, findet sich in der vom Rekursbeklagten Süßtrunk verwendeten Marke unverändert wieder. Die Abweichungen in Bezug auf die Ausgestaltung des Monogramms und die Lage der Seiten des Dreiecks sind völlig untergeordneter Natur und in keiner Weise geeignet, die auffallende Aehnlichkeit des Gesammtbildes aufzuheben. Wenn der Rekursbeklagte Süßtrunk speziell darauf hingewiesen hat, es sei nur dasjenige Zeichen der Rekurrentin geschützt, welches eingetragen und im Bundesblatt veröffentlicht worden sei, so ist dieß grundsätzlich ganz richtig, allein nicht richtig ist, wenn daraus gefolgert werden will, daß dieses Zeichen nur insoweit geschützt werde, als es in derjenigen Größe und in denjenigen Farben verwendet werde, welche der Abdruck im Bundesblatt zeigt; ein geschütztes Waarenzeichen kann vielmehr vom Berechtigten gewiß in beliebigen, den Waarengattungen und der Verpackung u. s. w. angepaßten Größen verwendet werden und ebenso kann der Berechtigte, regelmäßig wenigstens, die Zeichnung in andern Farben als denjenigen des amtlich veröffentlichten Abdrucks des Markenclichés wiedergeben. Größenverhältnisse und Farbe bestimmen ja in der Regel den wesentlichen Charakter einer Zeichnung nicht. Ebenso ist unbegründet, wenn der Rekursbeklagte Süßtrunk einwendet, es handle sich hier nicht um Schutz einer Marke, sondern um Ettiquette und Verpackung; das eingetragene Waarenzeichen ist ja gewiß ein den gesetzlichen Anforderungen völlig entsprechendes figürliches Waarenzeichen.

4. In zweiter Linie wird die vorinstanzliche Entscheidung darauf begründet, es sei der Handel mit der Waare, für welche das Zeichen der Rekurrentin verwendet werde, zur Zeit der eingeklagten Markenrechtsverletzung im Kanton Zürich verboten gewesen und es habe daher das Zeichen keinen Anspruch auf Schutz. In dieser Richtung hat das Bundesgericht nicht nachzuprüfen, ob die Annahme der Vorinstanzen, das fragliche Haarfärbemittel habe ohne besondere Bewilligung der Sanitätsbehörde im Kanton Zürich nicht in den Handel gebracht werden dürfen, richtig ist oder nicht, denn hiebei handelt es sich einzig um die Auslegung kantonaler Gesetzesbestimmungen. Zu prüfen ist einzig, ob, wenn die gedachte Annahme richtig ist, dem klägerischen Zeichen aus diesem Grunde der rechtliche Schutz gemäß den Bestimmungen des eidgenössischen Markenschutzgesetzes versagt werden könne. Das eidgenössische Markenschutzgesetz enthält nun keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob für verbotene Waaren ein Zeichenrecht gültig erworben

werden könne. Der vom Rekursbeklagten Süßtrunk angeführte Artikel 4 Absatz 2 des Gesetzes, welcher Waarenzeichen ausschließt, die gegen die Sitte verstossen, bestimmt hierüber nichts, derselbe bezieht sich auf die Beschaffenheit des Zeichens, nicht der Waare. Die Frage ist daher nach dem Sinne und Geist des Gesetzes zu lösen. Zunächst könnte aus dem einfachen Schweigen des Gesetzes, daraus, daß dasselbe nicht vorschreibt, es sei den für verbotene Waaren bestimmten Zeichen der Eintrag und Schutz zu versagen, gefolgert werden, daß auch diese Zeichen allgemein und ohne Unterschied geschützt werden müssen. Allein dieß ginge wohl zu weit. Es wird vielmehr festzuhalten sein, daß für Waaren, deren Vertrieb absolut und im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft speziell durch Bundesgesetz verboten ist, ein Markenrecht nicht erworben werden kann, denn wenn die Rechtsordnung ein Markenrecht für derartige, z. B. lediglich unsittlichen Zwecken dienenden Waaren anerkennen würde, so träte sie, wie mit Grund geltend gemacht worden ist (Kohler, Recht des Markenschutzes, Seite 214), mit sich selbst in Widerspruch. Anders verhält es sich aber in Betreff von Waaren, die nicht absolut und im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft verboten sind, sondern deren Vertrieb nur in einzelnen Kantonen untersagt oder nur mit besonderer staatlicher Bewilligung u. drgl. erlaubt ist. Zeichen für derartige Waaren kann der Schutz des Bundesgesetzes mit Grund nicht versagt werden. Das Gesetz schließt sie nirgends aus und ein innerer Widerspruch liegt in deren Anerkennung durchaus nicht. Der Markenberechtigte kann ja die nöthige staatliche Bewilligung später erwerben (und ebenso der Nachahmer seiner Marke), er kann seine Waare in andern Kantonen oder im Auslande absetzen, wo der Verkehr damit ohne Weiters erlaubt ist u. s. w. (Ueber die ganze Frage vergleiche Kohler a. a. O.) Es geht daher nicht an, einer Marke den bundesgesetzlichen Sshutz in einem Kanton deßhalb zu versagen, weil nach kantonalen Polizeigesetzen der Verkehr mit der betreffenden Waare untersagt bezw. nur bedingt erlaubt ist. Ein Eingriff in die Polizeigesetzgebung der Kantone wird durch den Schutz solcher Marken durchaus nicht bedingt. Das Verbot des Handels mit der Waare bleibt völlig intakt, es muß nur der Markenberechtigte gegen Nachahmung seiner Marke in dem betreffenden Kanton, dessen Gesetzgebung ein solches Verbot enthält, wie in der ganzen übrigen Schweiz nach Maßgabe des Bundesgesetzes geschützt werden. Nicht für die grundsätzliche Frage des Schutzes der Marke, sondern nur für den Schadenersatz, ist der Umstand, daß die Waare im Kantonsgebiet vom Markenberechtigten nicht vertrieben werden durfte, insofern von Bedeutung, als es sich um Waaren handelt, die der Nachahmer in diesem Kanton abgesetzt hat. Hienach erscheint denn als hergestellt, daß die vorinstanzliche Entscheidung das eidgenössische Markenschutzgesetz zum Nachtheil der Rekurrentin verletzt.

Eine gehörig und rechtzeitig ins öffentliche Inventar angemeldete Forderung geht desswegen gegenüber den Erben nicht unter, weil sie der Notar ins Inventar aufzunehmen vergessen hat. (§ 2002 des P.-R G.-B.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 12. November 1887, Kantonalbank ca. Erben Asper.

Ein Gläubiger hatte seine Forderung ordnungsgemäß und rechtzeitig in das über den Nachlaß seines Schuldners bewilligte öffentliche Inventar angemeldet, der Notar aber aus Versehen unterlassen, dieselbe ins Inventar aufzunehmen. Die Erben, welche den Nachlaß auf Grundlage des letztern angetreten hatten, weigerten sich, die Forderung zu bezahlen, weil dieselbe nach § 2002 des P.-R. G.-B., lautend: „Alle *nicht angemeldeten* Schuldforderungen, welche weder aus den Notariats- noch aus den Pfandprotokollen mit Bestimmtheit ersichtlich, noch durch Faustpfänder gedeckt sind, sind gegenüber den Erben, welche die Erbschaft *auf Grundlage des öffentlichen Inventars* übernommen haben, als erloschen zu betrachten," — unter-

gegangen sei. *Diese Einrede wurde jedoch verworfen und die Forderungsklage gutgeheissen.*

Gründe:

1. Es genügt zur Gutheißung der Klage, daß die Forderung der Klägerin ins öffentliche Inventar über den Nachlaß des Erblassers der Beklagten angemeldet worden ist. Der § 2002 des P.-R. G.-B. kann nämlich ohne direkten Verstoß gegen den klaren Wortlaut gar nicht anders interpretirt werden, als daß nur die nicht *angemeldeten* Forderungen erlöschen, die angemeldeten dagegen fortbestehen. Der Zwischensatz, „welche die Erbschaft auf Grundlage des Inventars übernommen haben," ist bloß eine nähere Bezeichnung des Hauptworts „Erben", auf welches jene Worte sich beziehen, kann daher an dem sonstigen durch den Wortlaut gegebenen Sinn der fraglichen Gesetzesbestimmung nichts ändern.

2. Uebrigens steht der Sinn und Geist des Gesetzes mit dieser Auffassung keineswegs im Widerspruch, sondern dieselbe ist im Gegentheil die wahre logische Konsequenz aus der innern Rechtsnatur des Instituts des öffentlichen Inventars. Dieses Institut ist eine das gewöhnliche Recht durchbrechende, zu Gunsten der Erben eingeführte Rechtswohlthat *und es sind daher diese letztern,* welche, indem sie die freiwillige Gerichtsbarkeit der Behörden für sich in Anspruch nehmen, unter deren gesetzlicher Mithülfe die nothwendigen Schritte thun, um sich die für ihre Entschließung erforderliche Klarheit über den Bestand der Erbschaft zu verschaffen. Den Gläubigern ist dabei nichts Anderes vorgeschrieben, als ihre Forderungen anzumelden. Wenn daher der Notar diese Forderungen in ein Inventar zusammenstellt, so handelt er in Folge gerichtlichen Auftrags als Stellvertreter der *Erben* und nicht als solcher der Gläubiger, und wenn er fehlerhafter Weise unterläßt, eine angemeldete Forderung aufzunehmen, so haftet er für diesen Fehler den Erben, welche darauf vertrauen dürfen, daß er die ihm gesetzlich obliegende Pflicht erfülle; allein den Gläubigern gegenüber müssen jene diesen Fehler ihres gesetzlichen Stellvertreters an sich tragen.

3. Endlich hat auch die Gerichtspraxis bereits einmal in diesem Sinne entschieden (siehe Ullm. Com. zu § 2004 No. 2554).

Die Handelsschuld

des alleinigen Inhabers einer Firma geht ohne Zustimmung des Gläubigers nicht auf die neugegründete Collectivgesellschaft über und es kann der Erstere dafür an seinem persönlichen Domicil belangt werden.

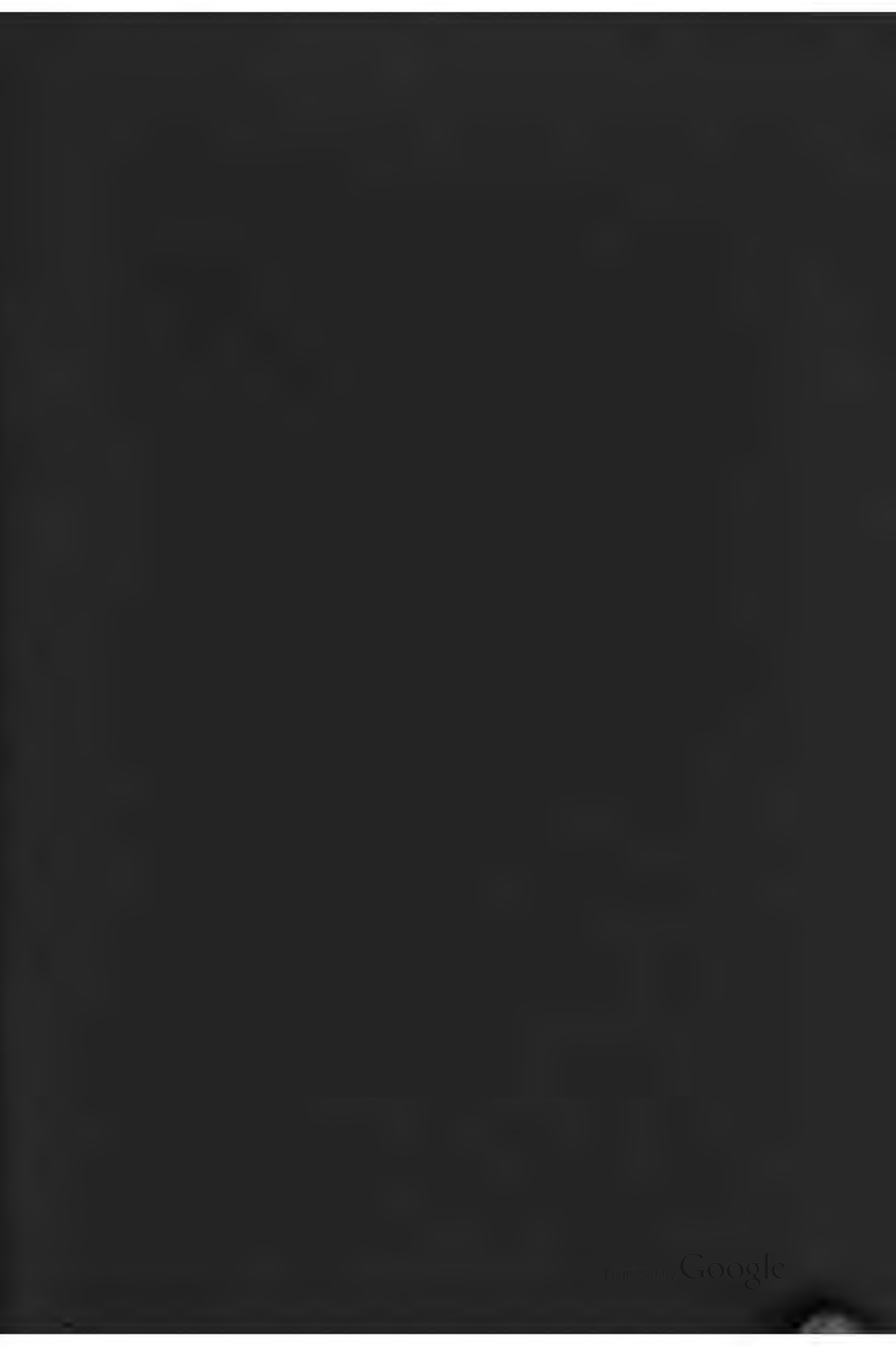
Obergericht Zürich, Appellationskammer, 12. August 1887.

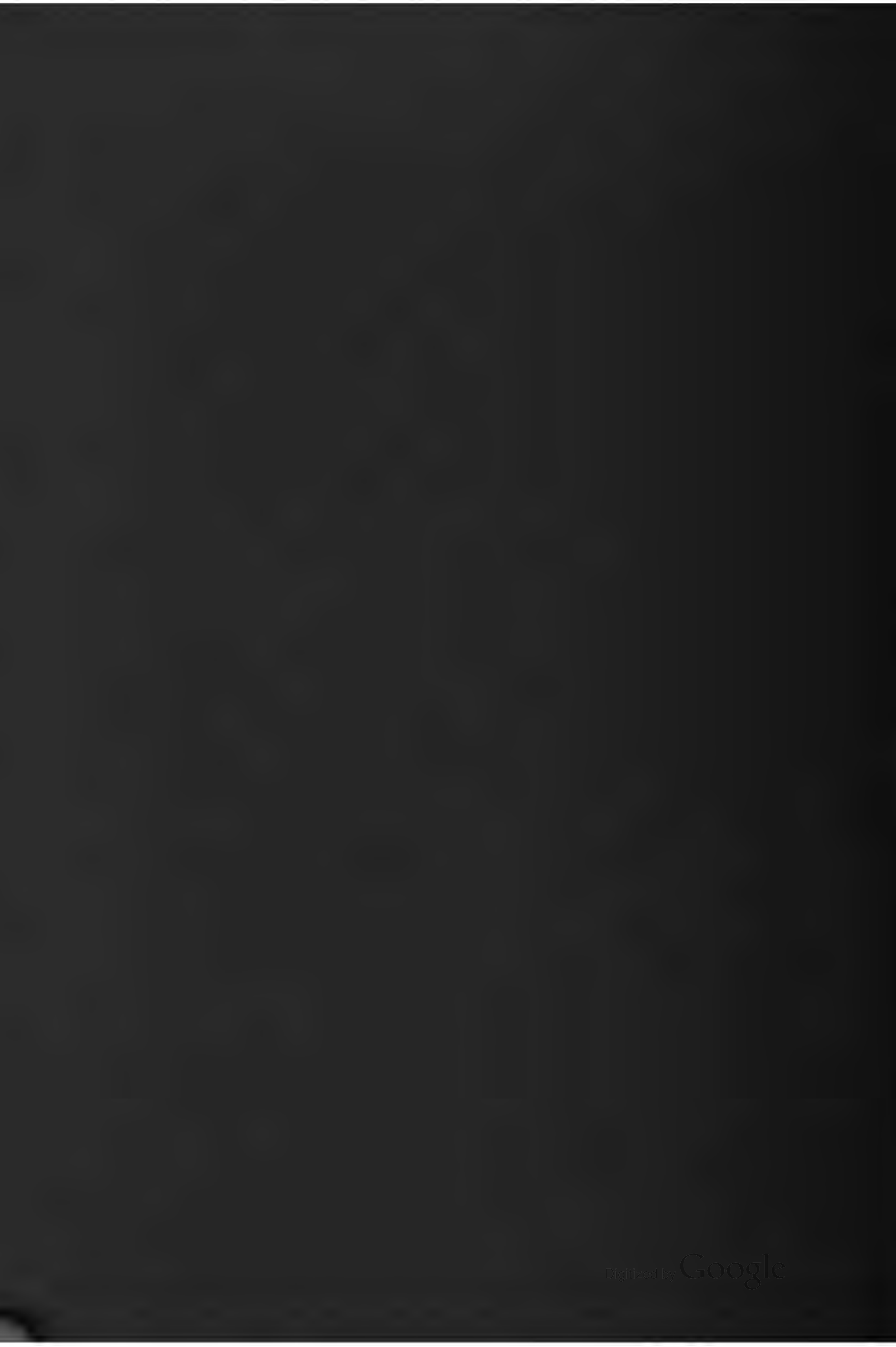
Ein Kaufmann, der bis zum Juli 1886 in Sidney ein Handelsgeschäft besaß und dann zur Bestreibung dieses mit einem andern Kaufmann sich associirt hatte, ist in Wollishofen, woselbst er nun wohnt, für eine aus der Zeit vor Juli 1886 entstandene Handelsschuld belangt worden; er hat der Klage die Einrede der Unzuständigkeit der hiesigen Gerichte entgegengehalten und das Bezirksgericht hat diese Einrede gutgeheißen. Eine vom Gläubiger hiegegen erhobene Beschwerde ist jedoch gutgeheißen worden mit folgender Begründung:

Unbestrittenermaßen war Rekursgegner bis zum 1. Juli 1886 alleiniger Inhaber der Firma St. & Cie. gewesen und da die eingeklagten Forderungen aus früherer Zeit herrühren, persönlich für dieselben verantwortlich. Der Uebergang der Verbindlichkeiten auf die neue Geschäftsinhaberin, die gegenwärtige Collectivgesellschaft St. & Cie. erfolgte nicht von Rechtswegen (vergl. Hafner O.-R. Art. 565 Anmerkung 1) und wenn nun auch eine freiwillige und ausdrückliche Uebernahme der Schuld behauptet wird und nachgewiesen würde, so wäre Rekurrent an eine solche Anweisung nicht gebunden. Daraus ergibt sich aber auch der Gerichtsstand für die Einklagung der Schuld, nämlich derjenige des persönlichen Wohnortes des Schuldners. Am Orte der Geschäftsniederlassung ist lediglich ein für den Kläger facultativer Gerichtsstand begründet, auf den sich der Beklagte nicht

berufen kann (§ 210 Ziff. 5 des Rechtspflegegesetzes). Das Beweisanerbieten, daß nach englischem Colonialrecht die Handelsfirma auch eines Einzelkaufmanns eine selbständige Persönlichkeit sei, verschieden von der des Inhabers, ist als unerheblich zu verwerfen, denn da der Rekursgegner mit dem 1. Juli 1886 für den Geschäftsbereich seiner frühern Firma eine Collectivgesellschaft eingegangen ist, hat jedenfalls jene frühere Sonderexistenz aufgehört, weitere Beweissätze aber, dahin gehend, daß nach demselben angerufene Rechte der Einzelkaufmann auch nach Auflösung seiner Firma nicht persönlich belangt werden könne oder daß durch den Gesellschaftsvertrag entgegen hierseitiger Auffassung lediglich ein weiterer Antheilhaber zu der bisherigen und fortdauernden Sonderexistenz der Firma beigetreten sei, sind nicht aufgestellt worden.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.


Digitized by Google


Digitized by Google

